4536 Bibl.Mont.

Abhandlungen

über

dunkle Civil-Gesetzesstellen

mit

der Biographie des Frhrn. von Kreittmayr

und

einer chronologischen Darstellung des baierischen Kriminal-Inquisitionsprocesses nach dem Texte des Gesetzbuches.

Bayerische Staatsbibliothek München

Von

J. B. Reingruber,

k. b. Stadtgerichtsvorstand in Landshut.

Landshut,

gedruckt mit Hagenschen Schriften

1814.

Nur praktische Talente gleichen der alles belebenden Sonne. Plötzlich erheben sich aus der untern Atmosphäre neidische Wolken, die dem Auge des Sterblichen die wohlthätigen Strahlen verhüllen; aber schnell sind die zerstäubten Wolken vorüber, die Sonne erscheint dann in ihrer Schönheit wieder, und mit Dank erfülltem Herzen erhebt der Sterbliche seinen Blick zu ihr hinauf.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Wozu wohl noch diese zwanzig Abhandlungen über dunkle Gesetzesstellen, erst nach einem halben Jahrhunderte ihres Bestehens, in einem Zeitpunkte, wo man der Erscheinung der neuen Gesetzbücher entgegen sieht? Abhandlungen endlich, von einem Geschäftsmanne geschrieben, der nach einer sechszehnjährigen unruhigen Landgerichtspraxis vor wenigen Monaten sich erst glücklich genug fühlte, die unterste Stufe der Vorhalle des ruhigern Tempels der Themis zu betretten?

So höre ich Manchen fragen, welcher mit meiner Ansicht über wahre Bildung eines Staatsbeamten, und mit dem, ganz nach dieser Ansicht, mir selbst vorgezeichnetem Plane meiner praktischen Ausbildung nicht bekannt ist.

Allein man lese diese Abhandlungen wegen ihres Interesse und Einflusses auf das bürgerliche Leben, man prüfe sie strenge, und die obigen Fragen dürften sich alsdann von selbst lösen; ohne daß ich zu meiner weitern Rechtfertigung noch auf die vielen

dunkeln Stellen der römischen Gesetze hinweisen sollte, welche, ungeachtet der seit dem sechsten Jahrhunderte erfolgten Gesetzes-Revisionen, dennoch bis zur Stunde dunkel und unerläutert blieben.

Einem Justitzbeamten, der das lohnende Studium der praktischen Staatswirthschaft sich zum besondern Gegenstande seines Berufes macht, und der eben deswegen, vorerst mehr praktische Kenntnisse und Erfahrungen als weitere Beförderung suchend, länger an der Urquelle, in der Mitte des eigenthümlichen Lebens und der Bedürfnisse des Volkes verweilen, und erst dann aus dieser Mitte, gleich den ehemaligen Demagogen fruchtbar hervortreten soll, diesem dringt sich die praktische Prüfung der bisherigen Gesetzgebung in allen ihren Zweigen als Folge seines Strebens in nothwendiger Verbindung auf; denn nur die praktische, oder die auf eine bestimmte Nation anwendbare Staatswirthschaft allein enthüllt ihm alle Verhältnisse und Bedürfnisse einer Nation, wie sie wirklich sind; nur sie allein führt ihn zur deutlichen Erkenntniß der Normen, welche gerade diesen bestehenden Verhältnissen die angemessensten, und für die Bedürfnisse die passendsten sind. Sie allein bildet endlich seinen Geist zu dem praktischen Leben,

und schärft sein Urtheil bis zur Prüfung aller Details über die Ausführbarkeit oder Nichtausführbarkeit selbst des an sich besten Planes.

Ohne dieser langen Versöhnung der Schule mit dem wirklichen Leben und mit dem Geiste der Zeit oder des Volkes, ohne dieser gründlichen Kenntniß des eigenthümlichen Charakters einer Nation wird die Legislation Normen aufstellen, die hinter dem herrschenden Geiste des Zeitalters zurückbleiben, oder welche demselben weit vorspringen, und in beiden Fällen wird sie durch unanwendbare Gesetze die weise Mitte verfehlen, sohin den Zweck nie erreichen.

Diese Wahrheit bestättigt dem hellen Forscher nicht nur jedes Blatt der Rechtsgeschichte der alten und neuen Völker, sondern unser gegenwärtiges Zeitalter spricht diese Wahrheit laut aus.

Seitdem das Ungeheuer von Deutschlands politischer Verfassung in dem Sturme einer blutigen Umwälzung untergegangen, erwarten die herumliegenden Trümmer nicht nur die Hand geschickter Baumeister, sondern mit ungeduldiger Erwartung und zitternd vor freudiger Hoffnung, sehen Germaniens Völker den sanftern bürgerlichen Formen und Gesetzen entgegen, die nur für Deutschland passen, und welche nur die Deut-

schen allein sich selbst zu geben im Stande sind; und ihr heisser Wunsch, mit dem verächtlichen fremden Joche auch die unpassenden lateinischen Gesetze eines gefallenen alten Banditen-Volkes zu verbannen, ist auf einen Grad gesteigert, der mit Ungestüm Befriedigung heischt.

Der letzte blutige Kampf der Menschheit lehrte die aus der nunmehr wahrscheinlich geschlossenen Schule des Unglückes heraustretenden Deutschen, daß nur dasjenige eine Nation furchtbar, groß und glücklich mache und erhalte, was aus ihrer Mitte selbst hervorkommt, und auf Vaterlandsboden zur reifen Frucht gedeiht.

Deutschlands Geschichte führt uns zu der traurigen Ueberzeugung, daß seit den unglücklichen Perioden der Einführung fremder Gesetze und Gewohnheiten der Feudalismus mit der schwarzen Hand des Todes, sich über Deutschlands freie oder bodenzinsige Fluren hinlagernd, jede Kultur vertilgte, und daß der einheimische emporstrebende Kunstfleiß in den Werkstätten gelähmt wurde, da man alle Zweige der deutschen Staatswirthschaft nach den Formeln des unseligen corpus juris romani regelte, damit sie in ihrer Krüppelhaftigkeit fortsieche, und Deutschland das Karavanen-Serail für fremde Völker bleibe.

Fremde Gesetze und Gewohnheiten gaben den Deutschen einen fremden Charakter. Oder seit wann wurde denn Deutschland das Rüsthaus und die Wahlstatt von ganz Europa?

Nur einheimische Gesetze sind die Grundfeste, auf welche der Staat seinen Wohlstand gründen muß; denn nur sie allein tretten aus dem eigenthümlichen Leben der Nation von selbst hervor, und haben Achtung für Vaterland und Selbstständigkeit im Gefolge.

Damit aber diese schöne Morgenröthe bald aufgehe, und das Gebäude der Gesetzgebung von Deutschen erbaut, sich bald erhebe, so laßt uns die brauchbaren Materialien von den unbrauchbaren sondern. Der Geschäftsmann setze also dem Studium der noch bestehenden Gesetze keineswegs eine gemächliche Grenze in der Hoffnung und Erwartung der neuen Gesetze, die erscheinen sollen; denn nur durch praktisch-theoretische Geschäftsmänner kann und muß der Legislation vorgearbeitet werden, und nie wird das Gebäude auf einer festen und dauerhaften Basis ruhen, wenn praktische Talente gleichgültig die Hände in den Schoos legen, und stets leidend, ihren Geist in dem mechanischen Gehorsame gegen unpassende fremde Ge-

seße ersticken. Der Justißbeamte hat mit dem Antritte seines Amtes eine doppelte Pflicht auf sich genommen. Als Richter muß er nämlich den strengen Sinn des Gesetzes selbst gegen seine höhere Ansicht anwenden, ohne daß er sich erlauben darf, ein Gesetz zu nothzüchtigen, oder gar einen Justißmord zu begehen. Aber als praktischer Staatsbeamter und Staatsbürger darf er mittelst der Presse seine Einsichten, Erfahrungen, dann seine und des Volkes Wünsche und Bedürfnisse zu dem Ohr der Herrscher bringen, damit jeder vorerst genau zu erkennende Gegenstand gewürdiget werde, und endlich zu weisen Beschlüssen reife. In der Vernachläßigung dieser zweiten Pflicht finde ich größtentheils die Ursache, daß in Deutschland die Legislation bis jetzt nicht weiter vorwärts geschritten ist.

Abhandlungen über dunkle Gesetze, als Vorarbeit für die künftigen Gesetzesrevisionen, erscheinen also zu jeder Zeit erwünscht; denn Mißverstehen und Mißverstanden werden ist und bleibt eine gemeinschaftliche Erbsünde aller Menschen, von welcher auch der Gesetzgeber nicht befreiet blieb; und Dunkelheit des Gesetzes ist gewöhnlich eine Folge der Kürze im Ausdrucke.

Der in Baierns Staatsverwaltungsgeschichte mit ewigen Ruhme glänzende Gesetzesverfasser, Freiherr von Kreittmayr blieb nach seinem eigenem Geständnisse dunkel, weil er sich kurz auszudrücken suchte. Daher stellte er manchmal einen Satz auf, der blos eine Ausnahme von der Regel ist, übersah aber die Regel selbst unmittelbar vorauszusetzen, oder die Ausnahme als solche und mit ihren Beschränkungen auszusprechen: und so entstand in der Anwendung ein Irrthum, daß selbst gründliche Rechtsverständige die in dem Civilkodex enthaltene Regel mit der in der Gerichtsordnung enthaltenen Ausnahme, dann mit den, in den zur Beleuchtung nachgefolgten Anmerkungen, enthaltenen Quellen zusammenzustellen, zu vergleichen, und den wahren Sinn aufzufinden, übersahen. Kein Wunder also, wenn man die Ausnahme als Regel ansah, und das Gesetz unrichtig anwandte. Dieß ist offenbar der Fall bei der Gesetzesstelle Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4.

Viele dunkle Stellen trug er aus den ältern Gesetzbüchern nur kurz in das neuere Gesetzbuch herüber; weil er den Sinn, der ihm wohl bekannt war, als allgemein bekannt voraus-

setzte; bei mancher Gesetzesstelle kann der wahre Sinn nur durch eine mühsame Zusammenstellung und Vergleichung mehrerer Gesetzesstellen aufgefunden werden; manche Stelle endlich setzt voraus, daß man mit des Gesetzes-Verfassers ganz eigenthümlicher Art sich auszudrücken schon bekannt sey.

Aber über so manche dunkle Gesetzesstelle wäre der Vorhang bereits gelüftet, hätte man auf der vaterländischen Universität das Landrecht, statt, wie manchmal, nach eigenen Heften oder Kompendien, vielmehr immer nach dem vorgeschriebenen Texte des Gesetzbuches selbst gelehrt, und diesen durch die Anmerkungen und die in denselben enthaltenen Quellen zu erläutern, und den wahren Sinn und endlichen Zweck des Gesetzes mit einem beständigen Hinblick auf das praktische Leben umfassend darzustellen gesucht. Nur diese Lehrart allein entspricht den Foderungen, welche der Staat und die zu Staatsbeamten heranwachsende Jugend an die Lehrer der Rechte zu machen befugt sind, und ich wünsche dem Vaterlande Glück, daß mit diesem Semester die Vorlesungen über die vaterländischen Rechte nach diesem Plane eröffnet worden sind; denn bald wird die

Erfahrung die schönen Früchte dieser Lehrmethode zeigen, und die Landgerichtsvorstände werden bald nicht mehr die unangenehme Bemerkung machen, daß so mancher junge Mann bei seinem Uebertritte zur Landgerichtspraxis nicht im Stande sey, in vorkommenden Fällen die einschlägige Gesetzesstelle in dem Gesetzbuche selbst aufzufinden, weil er das Landrecht — nach Scripten (!) studirte.

Wozu aber endlich noch des Freiherrn von Kreittmayrs Biographie am Abende seines verlebten Ruhmes?

So höre ich manchen fragen.

Auch die untergehende Sonne scheint noch schön auf uns herab, und wir heften noch dankbar unsern Blick zu ihr hinauf, eingedenk der Wohlthaten, die sie den Tag hindurch über die Erde verbreitete, wenn ihre heißen Strahlen uns auch manchmal drückten.

Soll ich mir wohl Glück wünschen, daß es die vollen 24 Jahre mir vorbehalten blieb, die Lebensskizze eines der größten und würdigsten Staatsmänner Deutschlands zu liefern; oder soll ich nicht vielmehr das Schicksal so würdiger aber nach ihrem Tode vergessener Minister bedauern, und weinend dem Tempel der Humanität,

obenan die Aufschrift setzen: „Undank des Vaterlandes?“

Mit diesen gemischten Empfindungen (ich gestehe es) schrieb ich das Leben eines Mannes, Ministers-Staatskanzlers, endlich eines Gesetzverfassers, der während den vier Reichsvikariaten und als Rechtsgelehrter, über ein halbes Jahrhundert hindurch, für Deutschland so viel, für sein Vaterland aber alles gethan hat.

Das Schicksal des Freiherrn von Kreittmayr ist das Schicksal so manchen großen Talentes und Verdienstes.

Es war eine Zeit, wo dieses Mannes gelehrte Anmerkungen zu den von ihm verfaßten Gesetzbüchern, oder dieses von ihm verfaßte corpus juris auctoritativi als das in seiner Art einzige Meisterwerk galt, wovon ganz Deutschland weder vor, noch bis zur Stunde ein ähnliches aufweisen kann. Damals leuchtete Freiherr von Kreittmayr als die Sonne, von welcher die höchsten Reichsgerichtshöfe und alle Justizstellen von ganz Deutschland die wohlthätigen Strahlen borgten.

Aber es folgte eine Zeit der philosophischen Betäubung, wo alles bisher Bestandene ohne Unterschied verachtet wurde, und wo man als

Obscurant galt, wenn man je eine dem gegenwärtigen Zeitgeiste allerdings noch entsprechende Stelle aus den Werken dieses Mannes zitirte; ungeachtet man, bei all dem philosophischen Schwadroniren und Theoretisiren, den guten Freiherrn von Kreittmayr nicht zu übertreffen, ja manchmal nicht einmal richtig aufzufassen verstand.

Endlich kehrte die sehnlich erwünschte Zeit der ruhigen Reflexion wieder, wie der Wasserspiegel erst in Ruhe kömmt, nachdem er stürmisch von dem *einen* Ufer auf das entgegengesetzte Ufer geworfen wurde.

In diesem Spiegel lesen wir nun mit dem ruhigen Gefühle der Achtung für Verdienste, daß Freiherr von Kreittmayr ein großer Staatsmann zu seiner Zeit war, der seinem Zeitgeiste huldigte; daß alles Große nach seiner Zeit beurtheilt werden müsse, daß aber, bei dem erfolgten mächtigen Umschwunge der politischen Verhältnisse, bei der vorgeschrittenen Geisteskultur, und bei der großen Erfahrung, daß die Herrscher am sichersten in den Armen der aus Liebe sie zurückrufenden Bürger ruhen, die durch den Geist der vorigen Zeitalter begünstigte Feodalität sich nicht mehr aus den Höhlen der Verborgenheit wieder bis zu den Thronen drängen dürfe, um ei-

nen Lohn zu fodern, der ihr nicht gebührt, die Früchte des Sieges sich zuzueignen, den sie nicht errungen, und Aernten zu halten, die sie nicht gesäet hat.

Baiern hat in den letzten Kriegen eine militärische Thatkraft entwickelt, welche mehr leistete, als die ehemaligen Heere des gesammten römischen Reiches. In gleichem Grade aber findet Baiern in seiner eigenen Mitte Talente, die durch ihre Vorzüge würdig sind, mehr in der geistigen Welt zu herrschen, als blos leidend in der phisischen Welt zu gehorchen.

Mit froher Erwartung hebt das baierische Volk seinen Blick zu den würdigen Männern empor, welchen das Glück vorbehalten ist, durch ihre Weisheit unter der Regierung des besten Königs, sanfte bürgerliche Formen zu geben, in welchen eine alte würdige Nation zu ihrem bleibenden Wohlstande sich fortbewegen wird.

Möchten diese auserwählten Männer bei ihrer so schönen Bestimmung glücklich seyn, damit sich einst in Baierns Geschichte wiederholt die Wahrheit bewähre, daß das Licht der Vernunft in einem schönen Lande des milden Süden eben so hell und rein leuchte, als in dem Norden oder Westen.

Inhalt.

Seite

Biographie des baierischen Ministers-Staatskanzlers Freiherrn von Kreittmayr. . 1

Besondere Lebensperiode desselben, als Verfassers der baierischen Landrechte. . . 31

Allgemeine Abhandlung.

Ueber den Vorzug der vaterländischen Rechte vor den römisch-gemeinen Rechten, und über die nothwendige Kenntniß des ältern baierischen Landrechtes vom Jahre 1616, zur Beleuchtung der dunkeln Gesetzesstellen in dem neuern Landrechte vom Jahr 1753 — 1756 . 51

Besondere Abhandlungen.

I. Abhandlung.

Erstes Kapitel.

Ueber die Rechte der Ehefrauen bei einem Gantprocesse über das Vermögen ihrer Ehemänner. 69

§. 1. Von dem Separationsrechte . . . 69

§. 2. Von der 5ten Klasse. 73

§. 3. Von der 8ten Klasse. 76

Seite

§. 4. Von der Alimentation der Wittwe auf dem hinterlassenen Vermögen des zu vergantenden Ehemannes, während des Konkursprocesses. 80

Zweites Kapitel.

Von den Verbindlichkeiten der Ehefrauen bei einem Gantprocesse über das Vermögen ihrer Ehemänner.

Von dem wesentlichen Unterschiede des gesetzlichen Begriffes der communio bonorum generalis, der communio bonorum particularis und der bloßen communis negotiatio, besonders bei denjenigen Eheleuten, welche zu offnen Kram und Markt sitzen, oder gemeinsames Gewerb treiben. 82

Gesetzliche Nachweisung, daß auch nach baierischen Gesetzen gegen die bisherige Gerichtspraxis die Ehegattinn, welche mit ihrem Ehemanne ein gemeinsames Gewerb treibt, oder zu offenem Kram und Markt sitzt, keineswegs unbedingt mit ihrem Heirathgut, sondern einzig und allein nur für die Schulden des gemeinsamen Gewerbes hafte. 82-110

NB. Diese gesetzliche Deduktion wolle von Seite 82 bis 110 im Zusammenhange gelesen werden.

Auch in dem Falle, wenn die Ehegattinn wirklich für gemeinsame Gewerbschulden haftet, darf sie bei der Lokation in dem Prioritätsurtheile von den sie gesetzlich treffenden Klassen nicht ganz ausgeschlossen oder weggerückt werden. 104

Welche sind Gewerbschulden? 105

Wie müssen die Gewerbschulden bewiesen werden, und von wem? 107

Selbst in dem Falle haftet die Ehegattinn nicht für alle Schulden ihres Ehemannes, wenn ihr alles liegende und fahrende Vermögen

des Ehemannes in der Eigenschaft der Wiederlage als Miteigenthum anverheirathet wurde. . . . . . . S. 108

Wie ist die Ehegattinn mit ihren Foderungen in dem Prioritätsurtheile zu loziren, wenn sie nur zu Gunsten einiger Gläubiger gültig renuncirt hat. 110

Wie muß der Beweis wegen geführter übler Hauswirthschaft der Ehegattinn geführt werden? 112-114

Ist eine Beschränkung der bisher bestandenen weiblichen Freiheiten und Vorzüge der Ehefrauen in den Ganten ihrer Ehemänner bei einer künftigen Gesetzesrevision räthlich? . 115

Anhang.

In wie ferne macht das bloße Geständniß des Ehemannes, welches durch zehnjährige Cohabitation bestätigt wird, über die Einbringung der Paraphernalgüter der Ehegattinn eine Probe gegen die Gläubiger in concursu? 270

In wie ferne haben die durch die Gantmasse nicht befriedigten Gläubiger ein Recht, im Namen des verganteten Ehemannes auf die Administration und Nutznießung desjenigen Heirath- und Paraphernalguts, welches die Ehrgattinn in der Gant gerettet hat? . . . 271

II. Abhandlung.

Welche Rechte haben die Kinder in Hinsicht der Foderungen in ihrem eigenen Namen, bei einem Gantprocesse über das Vermögen ihres Vaters? 117

Dann im Namen ihrer verstorbenen Mutter? . 120

Welche Rechte haben die entfernten Erben im Konkursprocesse des Ehemannes, auf das ererbte Vermögen der Ehegattinn? . . 122

III. Abhandlung.

Ueber den eigentlichen Begriff des constitutum possessorium und

über die gesetzlichen Wirkungen desselben, sowohl für den Käufer als für den Verkäufer. . 125

Durch das constitutum possessorium geht bei Käufen Eigenthum und Besitz auf den Käufer über, wenn er gleich das Gut nicht in wirklichen Besitz nimmt. 129

Durch den Vorbehalt des constituti possessorii vor oder bei der Hingabe der erkauften Sache bleibt dem Verkäufer Eigenthum und Besitz bis zur gänzlichen Kaufschillingserlage; weil nach den Gesetzen keine wirkliche Uebergabe erfolgt ist. 136

IV. Abhandlung.

Auseinandersetzung der gesetzlichen Theorie über den Kleinzehend in Baiern. 140

Das Herkommen bei dem Kleinzehend in Baiern bezieht sich lediglich nur auf singulos, und gilt der Schluß keineswegs von Einzelnen auf die ganze Gemeinde, oder vom mehrern Theil der Gemeinde auf Einzelne, oder endlich von einem Grunde oder einer Fruchtgattung auf die andere. 140-156

NB. Ist die Deduktion im Zusammenhange zu lesen.

V. Abhandlung.

Von der Erwerbung einer servitus discontinua durch Verjährung nach baierischen Rechten. . . 157

Lösung des Widerspruches zwischen dem Grundtexte und den Anmerkungen durch das Landrecht vom Jahre 1616 159

VI. Abhandlung.

Können Special- und Faustpfandgläubiger nach dem Alter und Vorzuge ihrer Foderungen gleich den Generalpfandgläubigern unbeding-

ten Anspruch auf die Konkursmasse machen, wie dieß bisher in der Praxis gewöhnlich statt fand? 167
Special- und Faustpfänder werden zwar nach dem Vorzug lozirt, sie werden jedoch nur nach Verhältniß des Werthes oder Kaufschillinges des Specialpfandobjektes befriedigt. 169

VII. Abhandlung.

Welche gesetzliche Kautellen müssen bei Protokollirung der Obligations- Hipothekbriefe rc. beobachtet werden, damit (ungeachtet der denselben beigefügten Verzicht auf die exceptio non numeratae pecuniae) diese Einwendung nicht statt finde? . . . 174

VIII. Abhandlung.

Von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der aussergerichtlichen Bürgschaften bei gemeinen Bürgern, und von der gänzlichen Ungültigkeit derselben bei Bauern. . . . 177
Welches ist der gesetzliche Begriff eines gemeinen Bürgers? 180

IX. Abhandlung.

Von dem wesentlichen gesetzlichen Unterschiede des paktirten Pönfalles und des Reugeldes in Kontraventionsfällen bei Kontrakten; insbesondere vom Reukaufe. . . 182
Von dem Nutzen des Reukaufes in dem praktischen Leben. 184

X. Abhandlung.

Von der für das praktische Leben so wesentlich nothwendigen Ausscheidung der Klagen ex aedilitio edicto, und der Hauptklage ex contractu emti venditi. 186

XI. Abhandlung.

Von dem Anfange und der Vollendung der Verjährungszeit der perpetuirlichen Klagen, ob-

gleich der Beklagte in mala fide ist. Insbesondere von der Verjährung der Klagen aus Gelddarlehen, der actio communi dividundo, familiae erciscundae, und wegen des Wiederkaufes oder der Wiederlösung . 193

XII. Abhandlung.

Welche Einwendungen und Exceptionen haben in dem Exekutivprocesse statt? 199

Verfahren beim Executivprocesse. . . . ibid.

XIII. Abhandlung.

Wie verfährt die Praxis gewöhnlich bei der Klage ex lege diffamari und ex lege si contendat, und wie soll sie verfahren? . . 206

XIV. Abhandlung.

Das Juramentum litis decisorium kann auch in denjenigen Fällen deferirt werden, in welchen der Delatus dem Deferenten es aus dem Grunde nicht referiren kann, weil die streitige Thatsache nur dem Delatus allein bekannt ist. . . . 214

XV. Abhandlung.

Ueber den gesetzlichen Begriff des jus retentionis, und ob der zur bestimmten Geldsumme verurtheilte Schuldner die Befugniß habe, die ex re judicata zu bezahlen schuldige Geldsumme wegen einer noch nicht untersuchten Gegenfoderung dem Gläubiger bis zur Entscheidung zurück zu behalten, oder ob er sich des jus retentionis bedienen könne? . 217

XVI. Abhandlung.

Wie vielfach ist die restitutio in integrum nach der baierischen Gerichtsordnung, und welche gesetzliche Erfodernisse werden zur Erlangung derselben vorausgesetzt? 222

XVII. Abhandlung.

Wann ist die Exekution einer Wechselfoderung ad forum concursus zu verweisen, oder der

requirirte Richter nicht mehr befugt, eine Wechselfoderung der Execution zu unterwerfen, und wie lange muß er mit der Execution vorschreiten? 229

XVIII. Abhandlung.

Sollen die Fiskal= Fabrik= Wechsel= und Bierschulden in der 7ten Klasse den ältern stillschweigenden Hipothekfoderungen in der 8ten Klasse wirklich ausweichen?

Versuch der Lösung des Widerspruches der Gesetze? 233

XIX. Abhandlung.

Können nach dem öffentlichen Anschlage, und der Ausschreibung der Ediktstage noch Wechselfoderungen bei dem königl. Wechselgerichte zu dem Ende eingeklagt und geschafft werden, daß sie von dem Tage der Anerkennung ihrer Richtigkeit angefangen, bei dem forum des Universalkonkurses das Vorzugsrecht in der 7ten Klasse erhalten; oder gehören dergleichen Wechselfoderungen unter die Kurrentgläubiger? 254

Wechselschulden gehören in die 7. Klasse, wenn sie gleich erst nach erregter Gant eingeklagt und geschafft werden.

XX. Abhandlung.

I. Müssen ausländische Wechselgläubiger im Konkurse das Reciprocum beweisen, oder steht der Beweis des Gegentheils den übrigen Konkurskreditoren zu, oder ist es Sache des officii judicis? 266

II. Wie viel Procente können bei Wechselfoderungen verlangt und zuerkannt werden, wenn in dem Wechselbriefe dieselben nicht bestimmt sind: und wie viel Procente dürfen bei den gewöhnlichen Gelddarlehen den vom Wechsel= und Geldnegoß lebenden Privaten zuerkannt werden? 268

Der baierische Kriminal-Inquisitions-Proceß.

Allgemeine Bestimmungen.

§. 1. Die Strafgerichtsbarkeit verfährt ex officio. 277
§. 2. Die provocatio ex lege diffamari hält den Untersuchungsproceß nicht auf. . . . 277

Erstes Buch.

I. Titel.

Erstes Kapitel.

§. 1. Der ordentliche Gerichtsstand ist durch das forum delicti commissi begründet. . . 278
§. 2. Der Verbrecher muß von jedem andern Gerichte nach vorgenommener summarischer Verhör dem forum delicti commissi ausgeliefert werden. 278
§. 3. Das forum über den Haupturheber begründet auch das forum über alle Theilnehmer, Gehülfen und Begünstiger. . . 278
§. 4. Treffen bei demselben Verbrechen Civil- und Militärpersonen zusammen, so muß das untersuchende und erkennende Gericht aus Militär- und Civilpersonen zusammengesetzt werden. 278
§. 5. Civilpersonen von bevorzugtem Gerichtsstande werden durch das Kriminalgericht erster Instanz untersucht.

Zweites Kapitel.

Amt und Pflichten des Aktuars, Formalitäten der Protokolle. 279-280

Drittes Kapitel.

Von Untersuchungs-Gefängnissen. . . . 281

II. Titel.

Erstes Kapitel.

Von dem Anfange der Untersuchung und deren Veranlassung. 282

Zweites Kapitel.

Von der Generaluntersuchung und deren Bestandtheilen im Allgemeinen. . . . 282

A. Von der Herstellung des Thatbestandes des Verbrechens
a) durch Augenschein 283
b) durch Zeugenvernehmung. 285
Von der Befreiung von der Verbindlichkeit zum Zeugniß. 285
Von der Untüchtigkeit der Zeugen. . . . 286
Von dem Protokolle über Vernehmung der Zeugen 286
Von der vorläufigen Ermahnung . . . 286
Persönliche Fragen an die Zeugen. . . . 287
Meineidserinnerung. 288
Eidesformel. 289
Besondere Fragen. 290
Gebärdenprotokoll. 290

B. Von der Auffindung des unbekannten Verbrechers durch
a) Leumundszeugen. 291
b) Haussuchung. 291
c) Vorläufige Verantwortung des Inkulpaten 291
d) Provisorische Verhaftung, und . . 292
e) Summarisches Verhör. 293

Von dem Protokolle über die summarische Verhör.
Allgemeine Ermahnung. 293
Persönliche Fragen. 294
Besondere Fragen. 294

Von dem Schluße der Generaluntersuchung. 295

Dritttes Kapitel.

Von der Specialinquisition.

Wann hat die Specialinquisition statt? . . 296
Was ist dringender Verdacht (indicium proximum) 297
Von wem kann die Specialinquisition vorgenommen werden? 298
Welche Vertheidigung hat gegen die verfügte Specialinquisition statt? 299

Welches Verfahren ist hierauf von dem Untersuchungsrichter nothwendig? . . . 299
Von dem Zwecke der Specialinquisition. . . 300
Wie ist der Beweis der Schuld herzustellen? . 300
Von den Mitteln der Untersuchungshandlungen im Allgemeinen. 301
I. Von dem ordentlichen Verhör des Beschuldigten. 301
Von dem ersten ordentlichen Verhör. . . 302
Verfahren bei dem ersten ordentlichen Verhör. . 303
Allgemeine Erinnerung. 303
Persönliche Fragen 304
Von dem Verfahren gegen läugnende Inquisiten . 305
Von Ungehorsamsstrafen. 305
II. Von dem Zeugenbeweise, und deren Konfrontation mit dem Inquisiten. . . . 305
Von der Konfrontation. 307
Von den Vorbereitungen zur Konfrontation. . 307
Wie geschieht der Konfrontationsakt selbst? . 308
III. Von dem richterlichen Augenschein und von dem Gutachten der Kunstverständigen. Verfahrungsart. 309
V. Von dem Beweise durch Urkunden. Verfahrungsart. 311
Von dem Schlußverfahren am Ende des letzten Verhörs. . . . 312
Eidesformel für den Vertheidiger . . . 315
Von der Akteneinsendung. 316
Von der Verkündung des Urtheils. . . . 316
Von der Ausführung der Rechtsmittel. . . 318
Von der Exekution. 317
Formular einer Personbeschreibung. . . . 319
Formular eines Steckbriefes. 320

Biographie

des

baierischen Ministers und Staatskanzlers

Freiherrn von Kreittmayr.

Die weise Wahl würdiger Staatsbeamten bestimmt in der Geschichte die Größe und das Schicksal der Herrscher und der Beherrschten. Ein unglücklicher Sterblicher ist der Herrscher, welcher diese Wahl nicht zu treffen weiß.

Vir sapiens non omnis moritur, sed per opera sua in aeternum vivit.

Seneca.

Wir lesen an jedem Tage die Aufschrift des Tempels der Menschheit; sie heißt: Nichtigkeit und Verwesung. Wenn die Erde nach dem Gesetze der Natur Hunderttausende der Sterblichen verschlingt, so scheint dennoch die Sonne lachend auf das große Grab nieder, und in jugendlicher Schönheit und mit üppigem Wachsthum erhebt sich das Gras darüber. So treten wir den Staub unserer Vorfahren, uneingedenk ihrer stillen Verdienste, und wir wandeln auf dem eingesunkenen Schutte zerstörter Menschenverfassungen und Königreiche, ohne viel zurückzusehen, sondern mehr vor uns blickend, und höchstens das bemerkend und bewundernd, was die Gegenwart uns als groß, ungewöhnlich, sehr oft auch nur als täuschend darstellt. Daher der schimmernde Vorzug des sich durch blutige Schlachten auszeichnenden Helden vor dem weit größern aber stillen Verdienste des weisen Staatsmannes, und

da auch so mancher unglückliche Sterbliche, von der belohnenden oder bestrafenden Ewigkeit seinen Blick wegkehrend, keinen Ausgang dieses ihm räthselhaft scheinenden Lebens findet; so dient er lieber den zwei Gottheiten des irdischen Lebens, nämlich dem Eigennutz und der sinnlichen Genußsucht, unbekümmert der guten und bösen Handlungen, die nach seinem Wahne einst der nämliche Grabhügel der Vergessenheit decken soll.

Allein die Geschichte ist die alles aufdekkende Richterin und Bewahrerin der guten und bösen Thaten der Menschen. Ihr Motto ist: dem Verdienste seine Kronen, aber ewige Brandmarkung allen denjenigen, welche das ihnen von der Vorsicht gegebene Pfund vergruben, und welche die zur Gründung und Erhaltung des Glükkes der Völker ihnen verliehenen, so reichlichen Mittel bloß zur niedern Befriedigung ihrer eigennützigen Privatwünsche und Leidenschaften verwandten und vergeudeten.

Aber weit über den morschen Tempel der Menschheit, und selbst über die Geschichte schwingt sich das schöpferische Talent empor, welches, der Staatsverwaltung einer ganzen Nation neues Leben einhauchend, alle Verhältnisse des bürgerlichen Wirkens und Strebens umfassend und die Rechtsformen ordnend, das Bürgerglück auf alle Klassen niederzuzaubern und gleichsam zu bahnen, und den Herrscher und die Beherrschten durch das trauliche Band der Liebe, des Gehorsams und des Bürgergemeinsinnes zu fesseln weiß.

Nur dieses Talent erbaut sich durch sein Werk der Legislation den Altar der Unsterblichkeit von

selbst, und sein Geist der Gesetze umwandelt noch wohlthätig jeden Stand in jedem staatsbürgerlichen Verhältnisse und Geschäfte, wenn auch die Körperhülle des großen Geistes längst der sterblichen Menschennatur ihren Zoll entrichtet hat.

So umwandelt uns noch mit jedem Tage des sel. Freiherrn von Kreittmayr's Geist der Gesetze, und wir finden ihn noch in seinen Verordnungen bei allen Zweigen der unübersehbaren Sphäre der Staatsverwaltung waltend. Er, der Gegenstand unserer täglichen Achtung und Bewunderung bei der Anwendung der von ihm verfaßten Gesetze und Verordnungen, ist noch stets gegenwärtig und sitzt mit uns zu Rathe, ungeachtet seine Körperhülle schon seit 24 Jahren einsam und von wenigen Wanderern besucht, in dem abgelegenen Offenstetten, in der Todtengruft verweset.

Ein so ausgezeichneter Mann, wie Freiherr von Kreittmayr, der uns durch seine Meisterwerke täglich das Andenken an seine großen Verdienste zurückruft und lebendig erhält, bedarf keiner ausgeschmückten Biographie; aber eine kleine Skitze aus dem Leben dieses für Baiern unsterblichen Mannes soll uns zeigen, wie weit es ein Talent, bloß durch sein Verdienst um das Vaterland, unter einem weisen, gerechten und geliebten Fürsten, wie es der unvergeßliche Kurfürst Max. Joseph III. war, bringen könne.*)

*) Beförderung und Belohnung des Verdienstes ist derjenige Akt der öffentlichen Gerechtigkeit, wodurch der Herrscher seine Bestimmung dokumentirt. Max. Joseph III. übte diesen Akt der öffentlichen Gerechtigkeit aus Herrscherpflicht;

Alois Wigulaus Kreittmayr wurde zu München den 14. Dezbr. 1705 geboren; aber schon bei seinem Eintritte in diese Welt sah er die vom Blute triefenden Felder von Sendling, Neuburg vorm Wald, Retz, Aidenbach, wo in diesem Jahre viele Tausend Bauern die Liebe und Anhänglichkeit an ihren vertriebenen Fürsten gegen die österreichischen Heere mit ihrem Leben besiegelten. Das Jahr der Geburt des Kreittmayr war also ein Schreckenjahr für ganz Baiern und besonders für München, außerhalb dessen Mauern diese blutige Niederlage der Baiern geschah.

Sein Vater Franz Xaver Wigulaus Kreittmayr war kurbaierischer Hofrath, und mit Maria Barbara, geborner Dägen vermählt. Der Vater starb im Jahre 1750 im 82. Jahre seines Lebens, die Mutter aber begab sich hierauf in das Kloster Büttrich zu München, und starb im Jahre 1776 im 87. Jahre ihres Lebens, nachdem sie kurz vorher noch die Profeß abgelegt hatte.

Alois Kreittmayr hatte noch einen jüngern Bruder Benno, (nachhin Bürgermeister und Landschaftsverordneter) und 8 lebende Schwestern, wovon aber 7 als Nonnen in die Klöster traten,

aber erst des Königs Max. Joseph I. von Baiern glorreichen Regierung ward es vorbehalten, diesen Akt der öffentlichen Gerechtigkeit als Grundgesetz der Staatsverwaltung auszusprechen, und seit dem Jahre 1803 durch die jährliche öffentliche Prüfung der zu weltlichen und geistlichen Stellen Adspirirenden, den jungen Talenten die Bahn vorzuzeichnen, auf der sie bloß durch Verdienste bis zu den höchsten Stellen gelangen können. Darum wird des Königs Max. I. Name ewig in Baierns Staatsverwaltungs-Geschichte glänzen.

(welch letzterer Umstand die Unterstützung vom Hause zu Gunsten des hoffnungsvollen Knaben möglich machte) die Schwester Ursula aber mit dem Edlen von Kern sich vermählte.

Alois Kreittmayr vollendete die niedern Klassen mit ausgezeichnetem Fortgange in dem Jesuitenkollegium in München; aber schon seine erste Bildung fiel in die traurigste Periode, sowohl in politischer als moralischer Hinsicht, über welche sich nur ein Talent erheben kann, das aus sich selbst keimt und gedeiht.

Des weisen und angebeteten Kurfürsten Ferdinand Maria segnender Geist waltete nicht mehr über Baiern; welcher Fürst, von dem würdigen Minister Grafen Kurz geleitet, die Kaiserkrone, den Besitz von Ländern, Macht und Größe ausschlug, um den dauerhaften Wohlstand seines geliebten und biedern Volkes auf den Frieden zu gründen. Zufrieden mit dem, was er besaß, war sein einziges Streben, das Land durch eine gute Verwaltung glücklich zu machen; und bei seinen friedfertigen Gesinnungen war er um keinen Preis zu bewegen, mit Gefahren und Unruhen Baiern zu vergrößern und demselben einen äußern Scheinglanz zu geben, während Tausende von Unglücklichgemachten weinten.

Aber ganz ein anderer Geist beseelte seinen jetzt regierenden Sohn Max Emanuel (1679 — 1726). Es war der unglückbringende Geist des Ehrgeizes, des Strebens nach äußerm Glanz, nach höherm Rang und Würden, der ihn in die Arme der Maria Antonia, Tochter des Kaiser Leopold I. führte, und dem er in dem 1685 er=

folgten Türkenkriege den größten Theil des Hausschatzes und das Leben von 30,000 guten Baiern hinopferte.

Allein hier war dem aus dieser Ehe entsprungenem Unglück noch die Grenze nicht gesetzt; denn der spanische Successionskrieg, welcher vom Jahre 1702 bis zum Badener Frieden 1714 das schöne Baierland zu der wildesten Einöde machte, biethet uns Gräuelscenen dar, die wir der Geschichte kaum glauben sollten, und die ein ewiger Schleier der Vergessenheit zwischen den nunmehr ausgesöhnten Völkern decken möge. — Und alles endigte zuletzt damit, daß Max Emanuel, noch glücklich genug, im Tyrol dem Tode entronnen zu seyn, für die ungeheuern Opfer sein ganz ruinirtes und verlornes Baiern wieder erhielt, und daß ihm von der Vorsicht noch traurige 11 Lebensjahre geschenkt wurden, um die Folgen jenes Schrittes zu bereuen, und durch eine lange und unglückliche Erfahrung zu lernen, welche Allianzen für Baiern die natürlichsten und besten seyen.

Unter solchen politischen Krämpfen und Erschütterungen betrat Alois Kreittmayr die traurige Bahn seiner ersten Bildung.

Nicht glücklicher waren damals Baierns Verhältnisse in moralischer Rücksicht.

Baierns verödetes Paradies war damals voll Pfützen, aus welchen monastische Schlangen *) zischten, welche Vernunft und Moral durch ihren pestartigen Hauch vergifteten, und ihre vielen edlern Or-

*) Dieser Ausdruck gilt also nicht den Orden, sondern den einzelnen unwürdigen Gliedern derselben.

densbrüder vom besten Kopfe und Herzen in den geweihten Kerkern verfolgten. Sie hatten damals ihr Zeitalter bereits überlebt, und glichen einem Stoffe, der über die Jahre hinaus in seiner Gährung übergeht. Zwar hatten sich damals die Jesuiten der Erziehung der Jugend, des Gewissens der Großen, und des Zutrauens des Volkes bemächtigt, alle Lehr-, Predigt- und Beichtstühle mit ihren Gliedern besetzt, ihre fürchterliche Gewalt gegründet, und ihre Konstitution gleichsam für die Ewigkeit festgesetzt; aber eben deßwegen, weil sie dem Zeitgeiste in die Zügel fallen wollten, blieben sie hinter demselben zurücke, und richteten ihr eigenes System zu Grunde.

Die Jesuiten suchten bekanntlich durch ihre allmächtige Wirksamkeit das Alte zu erhalten, ohne mit dem Zeitgeiste fortzuschreiten. Wie aber in der politischen Welt so gerne ein Extrem dem andern Extreme die Hand biethet, so suchten die viel später nachgefolgten Illuminaten ein ganz neues System aufzustellen; doch fand keine von den beiden Parteien die weise Mitte der Pithagoräer, die zu gleicher Zeit das ehrwürdige Alte erhielten, wenn es noch nützlich war, und das Neue einführten, wenn es dem Zeitgeiste anpaßte, oder von ihm gefordert wurde. Daher der Widerspruch zwischen obigen Parteien, daher die Stöße und Gegenstöße, daher endlich die wechselseitige Erbitterung und die unbrüderliche Verfolgung.

Als nun Alois Kreittmayr unter solchen Verhältnissen die niedern Klassen nach dem Geiste der Jesuiten zu München vollendet und zugleich die Kenntniß der französischen und italienischen Sprache

sich eigen gemacht hatte, gieng er nach Salzburg, um auf der dortigen hohen Schule die Philosophie zu studieren, und begab sich hierauf nach der vaterländischen hohen Schule zu Ingolstadt um das Rechtsstudium zu beginnen; allein wie mager war der Lehrplan, der nicht einmal ein Staatsrecht noch eine Universalgeschichte enthielt, weil die damaligen Regierungen der deutschen Kreise es für gefährlich und schwer hielten, daß man ein deutscher Publicist werde, und dennoch zugleich ein guter Kreispatriot bleibe! Ebenso schien damals das politische und religiöse Studium, in Betref der Gefahren der Studienart, viele Aehnlichkeit zu haben.

Schon im achtzehnten Lebensjahre begab sich Kreittmayr auf die damals berühmten Universitäten Utrecht und Leyden, um das deutsche Staatsrecht und die übrigen Zweige der Staatsverwaltung zu studiren, nahm hierauf die Rechts- und Reichsgerichtspraxis zu Wetzlar, bereiste im Gefolge der baierischen Prinzen Frankreich, und kam dann nach München zurück, wo er im Jahre 1725 den 23. August, sohin in seinem 20sten Lebensjahre von Churfürst Max. Emanuel als Hofrath angestellt wurde. Allein Max Emanuel starb schon im nächsten Jahre, und Baiern genoß unter dem folgenden Churfürsten Karl Albrecht 14 Jahre hindurch den so sehr ersehnten Frieden.

Kaum hatte Alois Kreittmayr als ein junger, für Geschäfte glühender Mann die praktische Bahn des wirklichen Geschäftslebens betreten, und die mannigfaltigen Verhältnisse desselben kennen gelernt, so drang sich ihm die Ueberzeugung auf, daß bey dem unendlichen Ineinandergreiffen der verschiedenen Zweige der Staatsve.waltung die Bil-

dung in einem einzelnen Zweige, wenn sie auch die ganze Sphäre dieses Zweiges in dem vollkommensten Grade erschöpfen sollte, einseitig und höchst gefährlich würde: und bey dieser Ueberzeugung setzte er sich, wie er noch in seinem Alter oft gestand, einen ganz eigenen Plan für seine künftige Geschäftsbildung fest, der alle Zweige der Staatsverwaltung umfaßte, und dem er sein ganzes Leben widmete.

Aber auch die Wege zur praktischen Bildung des Geschäftsmannes sind sehr verschieden, und eben so verschieden sind die Früchte dieser Bildung. Der Mensch, und so auch der Geschäftsmann lebt in der Anschauung. Durch diese kömmt er zu Begriffen, und durch die Begriffe zu Schlüssen. Wie sehr unterscheidet sich also der Geschäftsmann, der viele Jahre hindurch an den Brüsten der unmittelbaren Erfahrung selbst sog, der an dieser Urquelle des Bürgerlebens alle Verhältnisse der Landwirthschaft, der Gewerbe, des Handels, der Nationalbeschäftigung, des Nationalcharakters, und endlich alle das Nationalinteresse umfassenden Verhältnisse selbst anschaute, der also die Gebrechen aus diesen Verhältnissen selbst hervortreten sieht, von dem Geschäftsmanne, der in seiner beschränkten Bestimmung die eigentlichen Verhältnisse des praktischen Lebens blos aus Akten und Theorien, oder durch fremde Organe, die mit dem praktischen Leben selbst nie vertraut wurden, zu lernen sucht. Freilich wurde Kreittmayr bey seiner ersten Bestimmung als Hofrath die Gelegenheit zur praktischen Bildung durch unmittelbare Erfahrung und Anschauung nicht zu Theil; aber er erkannte diese wesentliche Lücke, und suchte sie durch eine glückliche

Auswahl der ausgezeichnesten praktischen Männer, und durch den beständigen Umgang mit durch Erfahrung gebildeten Menschen in allen Zweigen der Staatsverwaltung auszufüllen.

Das wahre, aus sich selbst schaffende und sich selbst bildende Talent gleicht dem Zweige eines Baumes, das auch ohne Wartung von sich selbst heranwächst, wenn es nur in die fruchtbare Erde der Erfahrung gesteckt wird; freilich aber bleibt die Theorie für den Geschäftsmann das, was die Luft für die fruchtbringende Erde ist. Es giebt Talente, die bei ihrer beschränkt scheinenden Geschäftssphäre sich selbst in ihrer praktischen Bildung einen die ganze Staatsverwaltung umfassenden Wirkungskreis schaffen, die alle Verhältnisse wahrnehmen, sie richtig auffassen, die alles prüfen, vergleichen und auf Grundsätze zurückführen. So ein Talent war Kreittmayr, und die Fortschritte seiner praktischen Bildung waren bei dem eisernen Fleiße so schnell, daß er bei seiner Auszeichnung schon im Jahre 1741 nach dem Tode Kaiser Karl VI. zum Pfalzbaierischen Reichsvikariats-Hofgerichts-Beisitzer ernannt, und am 15. May 1741 von Karl Albert und Karl Philip von der Pfalz das Adelsdiplom als R. R. Ritter von Kreittmayr erhielt.

Nachdem der unglückliche Karl Albert am 24. Jäner 1742 zu Frankfurt am Mayn unter dem Namen Karl VII. zum R. Kaiser erwählt worden war, wurde von Kreittmayr zum Reichshofrath ernannt, und theilte das traurige Schicksal mit seinem unglücklichen Herrscher, den der plötzliche Tod, eine Folge des zurückgetretenen Podagra, am 20. Jäner 1745 von seinen Leiden, in welche

er durch den Krieg mit Oesterreich seit dem Jahre 1741 wegen den gemachten Ansprüchen auf die österreichischen Erbländer verwickelt wurde, befreite.

Alois von Kreittmayr wurde nun das zweitemal zum Baierischen Reichsvikariats-Hofgericht berufen, und erhielt am 6. Juli 1745 von dem nachfolgenden Churfürst Max Joseph III. das Reichsfreiherrn Diplom. Als der neue Herrscher Baierns aus Liebe zu seinem unglücklichen Volke den Kriegsdrangsalen ein Ende gemacht, und den 22. April 1745 zu Füßen den Frieden unterzeichnet hatte, wurde Franz I. zum Kaiser gekrönt. Dieser neu gewählte Kaiser wußte den großen Werth des Freiherrn von Kreittmayr vollkommen zu würdigen, und trug ihm durch die schmeichelhafteste Einladung die Stelle eines Reichshofraths in Wien mit einem Jahresgehalt von 12000 fl. an: allein es siegte die Liebe und Anhänglichkeit an Fürsten und Vaterland, und Freiherr von Kreittmayr zog die im nämlichen Jahre erhaltene Hofrathskanzlers und geheime Rathsstelle mit dem jährlichen Gehalt von 2400 fl. der glänzendsten Bestimmung und Aussicht vor.

Schon dieser edle Zug reiner Vaterlandsliebe macht das Andenken an Freiherrn von Kreittmayr dem Herzen jedes Baiern unvergeßlich. Der Seelige ahndete am Vorabend der schönen Morgendämmerung, unter der wohlthätigen Regierung Max Joseph III. den Segen, den er über sein Vaterland verbreiten werde, und er wollte lieber bey einer sparsamen Besoldung in einem beschränktern aber dennoch glücklichern Reichskreise das Wohl seines Vaterlandes begründen, als um theure Miethe in einem Reiche arbeiten, wo sich die Bewegung

des thätigsten Mannes gleichsam zu verlieren scheint.

Freiherr von Kreittmayr war zwar bisher nicht als der große Schriftsteller aufgetreten, aber dennoch war schon sein Ruf als eines der ersten Staatsmänner in ganz Deutschland allgemein, und sein Name wurde gleich jenen eines Pütters und Mosers mit Ehrfurcht ausgesprochen.

In dem nämlichen Jahre 1745 vermählte sich Freiherr von Kreittmayr zum erstenmal mit Sophie gebohrnen von Heppenstein, die ihm in der Folge zwei Kinder gebahr, welche aber frühzeitig starben, und denen die Mutter am 17. August 1749 selbst ins Grab folgte.

Der Churfürst Max Joseph III. schenkte dem Freiherrn von Kreittmayr alles was ein Fürst seinen getreuen Beamten schenken kann, er schenkte ihm nämlich sein unumwundenes Herz und Zutrauen, und suchte jede Gelegenheit zu benützen, um zu beweisen, wie sehr er die Verdienste seines Vertrauten würdige, den er im Jahr 1749 zum geheimen Raths-Vice-Kanzler und Konferenzminister ernannte.

Im Jahre 1750 vermählte sich Freiherr von Kreittmayr zum zweitenmal, mit Maria Romana gebohrnen von Frönau auf Offenstetten, verwittweten von Nocker. Nachdem die beyden Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft (communiso bonorum generalis) unter sich paktirt hatten, fand sich Freiherr von Kreittmayr in dem Besitze eines schönen Landgutes und eines bedeutenden Vermögens; denn er wußte wohl, daß ein ehrlicher Staatsbeamte durch die

Besoldung allein nie einen gesicherten Rücken gegen das Mißgeschick sich verschaffen könne; er wußte aber auch, wie nothwendig dieser gesicherte Rücken einem Talente sey, das in sich die Kraft fühlt, sich auf die offene See gegen die so gefährlichen politischen Stürme hinauszuwagen. Er wußte endlich, daß der talentvolle Staatsbeamte erst dann mit Nachdruck Gutes wirken könne, wenn nicht er des Staates, sondern wenn der Staat seiner bedarf, und daß bei den elenden Reibungen der Chikane zuletzt ein Landgut der treueste und letzte Freund des rechtlichen Mannes bleibe.

Noch in dem nämlichen Jahre seiner zweiten Vermählung legte Freiherr von Kreittmayr die erste Hand an die Bearbeitung der baierischen Landesgesetze, welche er erst nach 19 Jahren, nämlich im Jahre 1769 mit dem Grundrisse des allgemeinen deutschen und baierischen Staatsrechtes endigte, und das Monument seines unsterblichen Ruhmes vollendete.

Da diese Lebensperiode des Freiherrn von Kreittmayr der Verfassung der baierischen Landrechte in Hinsicht der Veranlassung und Art, wie die Gesetze verfaßt wurden, als auch der Absicht und des Geistes für die Legislation zu wichtig und interessant ist, so habe ich diese Periode eigens ausgehoben, und unten am Schlusse ausgeführt.

Da Niemand die Verdienste des Fr. Kreittmayr mehr zu würdigen wußte, als der mit allen Kenntnissen und Tugenden eines Regenten ausgerüstete Churfürst Max Joseph III., so er-

grif letzterer mit Vergnügen die Gelegenheit, welche sich im Jahre 1758 durch den Tod des Freiherrn von Braidlohn darbot, und ernannte den Fr. v. Kreittmayr zum wirklichen geheimen Staatskanzler und Oberstlehenprobsten, so wie zum Kanzler der damals gestifteten Akademie der Wissenschaften, und zwar mit einem Jahrsgehalt von 4000 fl. und vier Pferderationen.

So hob Verdienst und die Gerechtigkeit eines in der Geschichte ewig lebenden Fürsten einen Mann von der untern Klasse zum Ritter, zum Freiherrn, zum Minister Staatskanzler, aber was noch mehr ist, zum Liebling des Fürsten und der ganzen Nation und zum unvergänglichen Ruhme seines Nahmens und Geschlechts empor.

Indem Fr. v. Kreittmayr diesen seltenen Auszeichnungen, und den großen Erwartungen, die man von ihm hatte, durch die Bearbeitung der baierischen Landrechte bei seinen übrigen so vielen und beschwerlichen Berufsgeschäften vollends zu entsprechen bemüht war, wurde er durch zu große Anstrengung des Geistes und Körpers im Jahre 1759 tödtlich krank; aber seine feste Natur erhielt ihm noch ein Leben, welches man bereits verlohren gab. Sein religiöses Gefühl bewog ihn bey dieser Krankheit zu dem Gelübde, in Zukunft wenn er genesen soll, nie mehr eine äußere Auszeichnung, nicht einmal mehr goldene Ringe, Tabatieren, Taschenuhren zu tragen, und alle äußern Ehrenzeichen, als Kammerschlüssel, Ordensbänder u. dgl. sich zu verbitten. So verbat er sich auch den ihm bey Gelegenheit des

erfolgten Todes Kaiser Joseph II. angetragenen Grafentitel mit dem Ausdrucke: „Meine bei„den Söhne können wohl auch als Freiherrn „schon verderben, es ist nicht nöthig, sie dazu noch zu Grafen zu machen.“ Auch trank er seit dieser Zeit keinen Wein mehr sondern blos Wasser, und die strenge beobachtete Diät gewährte ihm den Lohn, den die Natur dem Menschen für die Achtung zinset, die er gegen sie hat.

Des Fr. v. Kreittmayr ganzes Leben, von seinem 20ten bis zum 85sten Jahre war blos dem Dienste des Staates gewidmet, und seine beständige Arbeit wurde blos durch die wenigen Stunden der unentbehrlichen Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse unterbrochen. Um ganz und ungestört in dieser hohen Bestimmung zu leben, hatte er die Administration des sämmtlichen Vermögens und die Aufsicht über die Erziehung der Kinder seiner vollends dazu geeigneten Gemahlinn überlassen, und man fand ihn, wenn ihn nicht die Berufsgeschäfte nach Hof riefen, lesend oder schreibend, in dem engen düstern Arbeitszimmer von Büchern, oder von den ausgesuchtesten praktischen Rechtsmännern umgeben. Er fühlte den Umfang seines großen Berufes als Staatskanzler ganz, und sein unausgesetztes Studium, seine Arbeit und täglichen Erfahrungen zielten dahin, die Staatsverwaltung nach allen ihren Zweigen bis in die kleinsten Details sich zur klaren Anschauung zu bringen. Die Theorie bewährte sich bei ihm durch die Erfahrung, und die Begebenheiten und unmittelbaren Erfahrungen eines Zeitalters, das

er durchlebte führten ihn zu Grundsätzen, die er in den Büchern und Schriften vergebens suchte. Es gab keinen Zweig in der unübersehbaren Sphäre der Staatsverwaltung, in welcher dieser Staatskanzler nicht gründliche Kenntnisse besaß, und die er nicht durch die kluge Auswahl der in jedem Fache ausgezeichnetsten Männer zu vermehren suchte, wozu er selbst seine Erholungsstunden verwendete. Da er so ganz dem praktischen Leben des Staatsbürgers sich widmete, so war ihm Jedermann, der Audienz verlangte, ohne allen Unterschied des Standes willkommen, und mit zuvorkommender Freundlichkeit aufgenommen, denn Jedermann war für ihn ein Gegenstand neuer Erfahrungen. Ueberhaupt hörte er viel und gerne, sprach aber wenig, und so freundlich Jedermann von ihm empfangen wurde, so gerne nahm Jeder zu ihm Zuflucht; weil bei dem allgemeinen Vertrauen, und bei der allgemeinen Achtung für seine Uneigennützigkeit und rastlose Thätigkeit Jeder überzeugt war, daß er jedes Bedürfniß der Staatsbürger kenne, es würdige, und jedem gerechten Forderer sein Recht zuspreche. Bei diesen Verdiensten, welche sich Fr. v. Kreittmayr als Minister, Staatskanzler, als Verfasser eines Gesetzbuches, und als Gelehrter erwarb, war seine Stimme in allen Staatsangelegenheiten entscheidend, und er hat das volleste Recht an jenem Ruhme der glorreichen Regierung des Churfürsten Max Jos. III. Antheil zu nehmen, den die Geschichte Baierns ewig aufbewahren wird. Ueberhaupt zeigt uns die Regierungsgeschichte Max Joseph III., was ein Fürst zum Gemeinglücke und dem Nationalwohlstande zu leisten vermag, der, von einem

Lehrer wie Freiherr von Ickstadt war, zum Fürsten gebildet, ohne Rücksicht des Standes die Würdigsten aus der Nation zu sich hinaufzog, um sie zu Mitarbeitern an dem schönen Gebäude des Nationalglückes zu machen, und sie mit Zutrauen und Auszeichnung ihrer Verdienste zu belohnen.

Des Max Josephs III. Gespräch und Geschäft an jedem Morgen war das Wohl seines Landes, und Landeswohl war das Bedenken am Abend; den Konferenzeu wohnte er auch selbst persönlich bey, erwog alle Referate, hörte aufmerksam die motivirten Meinungen und entschied zur allgemeinen Ueberzeugung. Sehr oft auch Nachmittags hielt er in seinem Kabinete mit den Vertrauten seines Herzens geheime Verhandlungen, welche man stehende Konferenzen nannte. Fr. v. Kreittmayr war als Staatskanzler jedesmal die Seele dieser Konferenzen, und sein Tiefblick, sein Scharfsinn, seine Umsicht, gepaart mit dem reinsten Patriotismus, fesselte stets des besten Fürsten unumwundenes Herz; und diese schöne Belohnung galt dem uneigennützigen Staatskanzler mehr, als die glänzendste Besoldung in einem Kaiserstaate.

Unter der Regierung Max Joseph III. wurde die Justiz und Polizey durch Gesetze und Verordnungen verbessert, die Nationalbeschäftigung belebt, ein Pfandhaus errichtet, das öffentliche Erziehungswesen geordnet, ein Schulfond gegründet, desgleichen sich in Europa wenige Staaten rühmen konnte, ein Schulplan hergestellt,

eine Akademie zur höheren Bildung errichtet, die Universität zu Ingolstadt durch Freiherrn von Ickstadt neu organisirt, die Staatsverwaltung und Staatswirthschaft in allen Theilen revidirt, und durch Verordnungen und zweckmäßige Einrichtungen verbessert, und alle diese Anstalten wurden durch die Druck- und Preßfreiheit gekrönt; so daß sich von dieser Periode die Denkungsart und die ganze Stimmung der Nation verwandelte, Baierns Aufklärung vom Auslande bewundert wurde, und dem schönen Baierlande die große Hoffnung blühte, in der Völkergeschichte einen beneidenswerthen Vorrang zu behaupten. Mit diesem mächtigen Umschwunge des Geistes gieng der dauerhafte Wohlstand und das Bürgerglück gleichen Schritt vorwärts. Es erhoben sich praktische Institute zur Beförderung der Landwirthschaft und der Gewerbe, es herrschte bei dem ruhigen Wohlstande frohe Geselligkeit und ein gemeinschaftlicher Frohsinn unter allen Klassen der Nation, es wechselte die Arbeit mit den herzlichsten Vergnügungen, Freude und Lebensgenuß belebte die Fluren und die Werkstätte, und die segenbringende Sonne des Friedens beschien ein glückliches Land: an diesem schönen Gebäude war aber Freiherr v. Kreittmayr der thätigste Mitbegründer und der rastloseste Mitarbeiter.

Als es aber während diesen schönen Bestrebungen im Rathe des Ewigen beschlossen war, daß Max Joseph III. der Unvergeßliche, (dessen Daseyn Wohlthat für Baiern war, und bey dessen Erinnerung der Geschichte zum Aussprechen seines Verdienstes die Worte fehlen) die Bahn des Sterblichen beschließen sollte, so besie-

gelte er noch in den letzten Lebenstagen seine Liebe und Vertrauen gegen Fr. v. Kreittmayr. Dieser Edle hatte nämlich den Fehler der Krankheitsscheue, besonders aber für Kindspocken, welcher endemischer Krankheit er ganz entkommen war. Als sich nun der Churfürst einige Tage vor seinen Tode äußerst schwach fühlte, und die Hoffnung zur Wiedergenesung dahin war, so hätte er den Staatskanzler sehr nothwendig noch zu sprechen gehabt, allein er ließ ihn, da er obigen Umstand wohl wußte, nicht mehr kommen, sondern schrieb ihn noch mit aller Anstrengung — was er ihm noch schrieb, blieb bis auf diese Stunde ein Geheimniß — aber dieser Brief preßte dem Freiherrn von Kreittmayr (den man sonst nie weinen sah) Thränen aus den Augen, und sein Gesicht war mehrere Wochen auffallend roth, bis die Geschäfte über die Besitznahme des Landes von Seite des sel. Karl Theodors berichtigt, sohin der schon in den Jahren 1771 und 1774 zwischen Baiern und dem Churhause Pfalz abgeschlossene geheime Haus- und Erbfolgevertrag in Wirkung gesetzt war. So erlebte Fr. v. Kreittmayr itzt den vierten Regenten in Baiern.

Wie aber bei jedem Wechsel des Herrschers alles Heterogene um den Thron sich ausscheidet, wie alles, was blos Gunst und Verhältnisse hinan hob, wieder herabfällt, und die frühere Achtung und Furcht sich gerne in Spott und Verachtung gegen den Gefallenen umändert, dagegen nur das auf eigner gediegener Kraft und Größe ruhende Verdienst bei jedem Wechsel sich fest erhält, vielmehr immer unentbehrlicher und

ehrwürdiger sich macht; so wurde auch Freiherr v. Kreittmayr bei dem Regierungsantritt des Churfürsten Karl Theodor nicht nur in seinem Posten und Würden bestätigt, und im Jahre 1779 sein Gehalt von 4000 fl. auf 5000 fl. erhöht, sondern auch bei Errichtung der Schulkuratel im Jahre 1781 ward er noch zum Präsidenten desselben, und bei Eröffnung des nach dem Tode Kaiser Joseph II. wieder angefallenen Reichsvikariates zum Reichsvikariats-Hofgerichtskanzler ernannt.

Auch der Churfürst Karl Theodor schenkte dem Fr. v. Kreittmayr sein volles Zutrauen, so daß er bei der Nachricht von dem Tode desselben laut ausrief: „Nun habe ich meinen besten Freund verloren.“

Freih. v. Kreittmayr war es, welcher mit dem sächsischen Hofe die glückliche Negotiation leitete, nach welcher auf den erfolgten Tod Max Joseph III. an dessen Schwester, die verwittwete Churfürstinn von Sachsen, für alle Allodialansprüche von der obern Pfalz, Schleißheim, dann dem ganzen Mobilarvermögen statt der verlangten Summe von mehr 50 Millionen nur 6 Millionen bezahlt, und diese Summe von der damaligen Landschaft in 12 Jahresfristen entrichtet wurde.

Arbeit war für Fr. v. Kreittmayr Bedürfniß und Erholung. Sein Arbeitskabinet war nicht helle und sehr beschränkt; demungeachtet nicht etwa mit liegengebliebenen Akten ausgefüllt. Alle Aufsätze waren von seiner eigenen Hand

kurz, klar, erschöpfend und kraftvoll geschrieben. Selbst für das auswärtige Departement wurden sie nur von einigen schon hiezu bestimmten geheimen Sekretärs in die betreffenden Sprachen übersetzt, und da er Alles selbst concipirte und in wichtigen Geschäften vor den Teschner Frieden den geheimen Rath von Lori brauchte, einen Mann, auf den er sich ganz in der Besorgung der wichtigsten Aufträge verlassen konnte, und der in seinem Leben ja nichts zur Hälfte ausführte, wenn es blos von ihm abhing, so pflegte er oft zu sagen, daß seine vielen geheimen Sekretärs wohl größtentheils die Welt umsegeln könnten, ohne daß die Geschäfte dabei leiden würden. Uneigennützigkeit bis zur Aufopferung seiner nächsten Interessen war ein Hauptzug in dem Charakter des Verewigten. Bei Gelegenheit der Einführung des Malteserordens suchte er den schönen Fond der Jesuitergüter für die Studien und Schulanstalten zu retten, und die edle Ueberzeugung von den nicht zu berechnenden Werth dieses Vorschlages für die wohlthätigen Folgen dieser gemeinnützigen Unterrichtsanstalt, die er für die alles wirkende Seele in der Staatsmaschiene hielt, machte ihn selbst das Anerbiethen zweier Kommenthureien für seine beiden Söhne verschmähen.

Nicht nur bei dieser Gelegenheit wich er blos der Uebermacht (als er endlich sah, daß alle seine Bemühungen fruchtlos waren) sondern auch in mancher andern politischen Lage zeigte er, wie man den Fürsten zwar die Wahrheit unverhüllt sagen — aber auch den gehörigen Respekt und die Bescheidenheit gegen ihre geheiligte Person

beobachten müsse. Seinem entworfenen Schulplane legte er den Unterricht in der Religion und Sittlichkeit, jedoch nach dem hohen Sinne des Pithagoras, zum Grunde, weil Geschichte und Erfahrung ihn überzeugten, daß jede andere vermeintliche Grundfeste eine morsche Stütze für die Erhaltung des Staatsgebäudes sey, und daß nach dem Zeugnisse der Geschichte diejenigen Staaten die unglücklichsten waren, wo der menschliche Verstand in allen seinen Theilen durch die verschiedenartigsten Kenntnisse sich entwickelte, und zu den größten Fortschritten sich hinaufhob, während die durch vernachlässigten Unterricht nicht im gleichen Grade berücksichte Religion und Sittenlehre hinter dem vorgerückten Kulturgrade des Verstandes weit zurükblieb. Er war von der Wahrheit durchdrungen, daß die Moralität die Grundstütze der Legalität sey; nur hat man manchmal seine reine Absicht wegen der Wahl der Mittel zum Zwecke mißkannt. Seine wenige Mußestunden wurden durch das lohnende Studium der Geschichte und Philosophie ausgefüllt; und bei der Beleuchtung der Gesetzesstellen weilte er in den Anmerkungen zu den Codices, als ein erklärter Feind des corpus juris romani, gerne bei den ursprünglich deutschen Rechten und Gewohnheiten, wie er aus Tacitus und Estor auch oft ganze Stellen der eigenthümlichen Lebens und Rechtsmaximen so wie der Sprüchwörter der alten Deutschen anführt.

Bei allen ernstern Wissenschaften seines Berufes war Fr. v. Kreittmayr in den schönen Wissenschaften nicht Fremdling. Er kannte alle lateinische Classiker, und recitirte aus Horatz,

Virgil und besonders aus Ovid die längsten Stellen mit jugendlichem Gefühl noch in seinem Greisenalter. Er klagte selbst oft darüber, daß der Codex den er doch immer durchlas, manchmal seinem Gedächtnisse entwische, indeß diese Dichter mit unauslöschlichen Zügen in selbes gegraben seyen. Auch war er ein Kenner der Musik und das Lieblingsinstrument von ihm in der Jugend das Waldhorn.

Wenn man das von Fr. v. Kreittmayr im Drucke erschienene Corpus juris bavaricum mit den Annotationen durchblickt, und damit seine so schweren Berufsarbeiten in Erwägung zieht, so muß man über die rastlose Thätigkeit dieses Mannes staunen. Aber noch mehr wird man sich verwundern, wenn man zu der Menge der Verordnungen, welche man in der Sammlung der Generalien in jedem Zweige der Staatsverwaltung so kurz und dennoch so umfassend und gründlich abgefaßt findet, die große Anzahl der Manuscripte sich denkt, welche noch im Schlosse zu Hatzkofen als ein kostbarer Schatz aufbewahrt liegen, und worunter eine noch unvollendete Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften die Erwartung eines jeden Geschäftsmannes übertrifft, welche wahrscheinlich im Drucke erschienen wäre, wenn den Greisen, den man noch drei Tage vor seinem Hinscheiden mit der großen *) Feder in der Hand beschäftigt sah, der Tod nicht übereilt hätte.

Fr. Kreittmayr war übrigens von dauerhafter Leibesbeschaffenheit, mittlerer Statur, et-

*) Fr. v. Kreittmayr schrieb mit großen Schwanfedern.

was korpulent, sehr blutreich, und dem Nasenbluten in seinen alten Tagen noch ergeben. In seiner Jugend war er sehr mager, woran das heftige Ballspiel, seine mit Leidenschaft getriebene Lieblingsunterhaltung, die ihm zuletzt von dem Arzte untersagt wurde, Schuld gewesen seyn mag. Er machte bis gegen die letzten fünfzehn Jahre hin immer starke Bewegung mit Gehen und Reiten. Im kurfürstlichen Hofstall stand ihm ein eigenes Reitpferd zu Geboth, selbst nach seinen sechziger Jahren ritt er noch; nachhin aber wurde ihm diese Bewegung lästig, doch gieng er bei schönem Wetter meistens mit dem sel. Hofraths-Kanzler v. Bachiery, und fuhr auch sehr oft spazieren.

Er trank täglich Morgens ein Maaß Wasser, nahm eine Stunde darauf eine Tasse Chocolade, genoß aber alsdann nichts mehr bis zur Mittagstafel, und von da nichts mehr bis Nachts, weder in noch außer dem Hause. Nach Tisch trank er eine Tasse Kaffee, sonst aber nichts als Wasser. Das Podagra, welches er zur Zeit der Vikariate in seinen jüngern Jahren, bei den damals am Rhein gebräuchlichen Trinkgelagen, sich zugezogen, empfand er nur bei vorgehendem Drucke des mit Gicht behafteten Theiles, und hatte im Bett durchaus keinen Schmerz. Indessen konnte die Natur dieses im Körper herumwandernde Uebel bei zunehmendem Alter nicht mehr abtreiben, und leitete es auf verschiedene Theile des Körpers hin; mitunter war es vielleicht eine Folge von Unverdaulichkeit, welche die Wahl der Speisen (worunter die minder verdaulichen bei ihm gerne den Vorzug hatten) bei abnehmender Lust zur

Bewegung herbeizog, und die den Körper bey der zuletzt zwischen Obstruktionen und Durchfall schwankenden Lage dergestalt schwächte, daß unser Fr. v. Kreittmayr endlich den 27. October 1790 (sein Tod war ohne scheinbaren Schmerz) um 1 Uhr Nachmittags im 85sten Jahre seines ums Vaterland so verdienstvollen Lebens, im wahren Sinne des Wortes, physisch und moralisch selig entschlief, nachdem er vorher seine Kinder gesegnet hatte.

Fr. v. Kreittmayr verfolgte durchaus Niemand, und seine Absicht gieng immer dahin, die Aktivität, wenn sie gefährlich zu werden drohte, dadurch unschädlich zu machen, daß sie auf andere Gegenstände hingeleitet wurde. Er baute Niemand goldne Brücken, so wie auch ihm keine gebaut wurden. Nie war er zu bewegen, ein Gesuch vorzutragen, welches seine Familie betraf, vielmehr trift ihn der Vorwurf, das nicht anzunehmen, was man seinem Verdienste als gerechtesten Lohn bestimmte. Die Regenten unter welchen er arbeitete, fanden ihn unentbehrlich, aber Fr. v. Kreittmayr der diese Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit wohl fühlte, wußte dieselbe wohlbedächtlich zu verhüllen, wie er denn auch seine Söhne öfters hierüber warnte: „Laßt „nicht fühlen, daß ihr nothwendig seyd; denn „die Fürsten, denen ihr dienet, werden sich lieber geringerer Menschen bedienen, als eure „Sklaven seyn wollen."

Fr. v. Kreittmayr lebte in der größten Harmonie mit seiner Gattin, die er mit Erkenntlichkeit gegen ihre häusliche Tugenden bis an das

Ende seines Lebens freundschaftlich liebte. Niemand hörte je nur Ein beleidigendes Wort dieser beiden Ehegatten gegen einander.

Was die Finanzumstände des seel. Freiherrn von Kreittmayr betrifft, so wurde schon oben erwähnt, daß Eigennutz und Haschen nach Besoldung seine Sache nicht war; ja es würde mit seinem Privatvermögen nicht sonders gut ausgesehen haben, wenn nicht seine zweite Ehegattinn gut gewirthschaftet, und besonders die Landguts-Administration zu führen gewußt, auch von Hause sowohl als durch ihre erste Verehelichung mit Herrn von Nocker ein bedeutendes Vermögen erworben hätte, wodurch sie in den Stand gesetzt wurden, das Landgut Offenstetten zu vergrössern, und bey den damaligen guten und friedlichen Zeiten soviel zurück zu legen, daß sie endlich im Jahre 1781 auch das Landgut Hatzkofen, ohne sich in bedenkliche Schulden hinein zu setzen, erkaufen konnten, welches ehemalige Freiherrl. von Nothhoftische Gut auf der Gant feilgebothen wurde. Freiherr v. Kreittmayr ist auf dieses Landgut nicht mehr gekommen, und hat es nie gesehen.

Vor dieser zweiten Verehelichung war seine Kasse immer schlecht bestellt, so, daß zwar keine Gläubiger sich meldeten, aber auch stets sehr wenig Baarschaft vorhanden war. Seine Privatkasse bestand immer nur aus einer kleinen Börse mit etwelchen Goldstücken.

So innig der anspruchlose Minister, Staatskanzler Freiherr von Kreittmayr wegen seinen

großen Verdiensten von vier Regenten, von seinem Vaterlande und vom Auslande geliebt und geachtet wurde, so große und allgemeine Trauer verbreitete die Nachricht seines Hinscheidens über das ganze Land, denn sein Tod riß jedem Baier die Wunde von neuem auf, welche der Hintritt des unvergeßlichen Max Joseph III. des Vielgeliebten jeden Herzen geschlagen hatte. Drei Tage lang blieb die Leiche des Verewigten in seinem Wohnzimmer ausgesetzt, und Alles drängte sich hin, diesen seltenen Sterblichen noch einmal zu sehen. Endlich am 30 October um halb 5 Uhr Abends ward der entseelte Leichnam unter Voraustrettung von 120 Bedienten mit Trauerfackeln unter Begleitung einer ungeheuern Menge des antheilnehmenden Volkes bis an das Schwabingerthor getragen, dort in den bereiteten Leichenwagen eingesegnet, und dann nach der Familiengruft zu Ottenstetten geführt. Dort finden wir seine Hülle, aber den Geist seiner Gesetze finden wir unter uns noch überall lebendig.

Freiherr v. Kreittmayr hinterließ bei seinem Tode die zwei noch lebende Söhne, nämlich Johann Nepomuk Gottlieb auf Offenstetten K. B. Oberappellationsgerichtsrath, und Ignatz Xavier Kaspar auf Hatzkofen Königl. Baier. Kämmerer, dann eine Tochter Maria Anna mit dem Grafen von Plettrich vermählt. Zwar hinterließ er ihnen kein väterliches Vermögen, dagegen aber das schönste Erbe das selten ein sterblicher Vater seinen Söhnen hinterlassen kann, nämlich seinen in der Geschichte durch Verdienste um das Vaterland unsterblich gewordenen Namen und den Verdienst-Adel.

Das ihm zu Offenstetten von seiner Ehegattin errichtete, aus Bley gegossene Monument stellt einen Genius vor, der bei seiner ganz natürlich getroffenen Büste trauernd, mit umgekehrter Fackel steht. Die Aufschrift ist folgende:

D. O. M. ac p. manibus S.
Aloysii Wigulaei, L. B. de Kreittmayr.
Hofmarchiar, Offenstetten et Hatzhofen Domini,
Cancellarii intimi Ministri supr. feud. Praefecti,
Qui honores, ut multi fortuna.
Virtute ingenio labore adsecutus est.
Iustitiae templum Sub Max. II. iniens.
Post fata divor. Caesar Carl VI. Carl VII. et Ios. II.
Triplici. Vicariatu inclaruit.
Adscitus jam ante in Curiam Imperial Consiliar.
Vocationem Francisci I. Augusti recusat,
Praeferens lares patrios alienis.
Tenax recti nefasti osor.
Themidem norma nova circumscripsit explicuit.
A. Max III et Carolo Theod. ducibus, Electoribus.
Ad Secretiora. consilia adlectus, confirmatus,
Praefulgens dignitate opere.
Reipublicae utilitati invigilavit Sententia monitu.
Agricolae tutella Servator civis industriae promotor.
Inconcussus idem.
Inter temporum casuum, partium vicissitudines.
Consenuit gloriose
Annos natus LXXXV. terras liquit.
VI. Calendarum Octobris MDCCXC.
Nomen servaturus mortalis immortale.
Superstitum animis Conjugi Liberis Posteritati.

Besondere Lebensperiode des Freiherrn von Kreittmayr, als Verfasser der baierischen Landrechte.

Die Gesetze müssen den Stempel ihres Zeitalters tragen, für welches sie durch ihre Anwendung gelten sollen. Daher setzte schon der weise Solon das höchste Alter der von ihm gegebenen Gesetze auf 100 Jahre an; ein Ausspruch, der seine Richtigkeit durch die Rechtsgeschichte der Völker, und besonders des baierischen Volks bewährt, da uns die periodischen Abänderungen und Verbesserungen der baierischen Gesetze von den Jahren 1516, 1553, 1588, 1616 u. 1751 bis 1756, so wie die neuesten Versuche diesfalls bekannt sind.

Die Gesetze, besonders insoferne sie die Privatverhältnisse der Staatsbürger betreffen, bestimmen nicht blos Privatrechte selbst, sondern auch die Mittel oder die Form, um Privatrechte zu erwerben. Nun sind aber die veränderlichen Formen einer nothwendigen periodischen Veränderung unterworfen.

Die Gesetze müssen also schon der bloßen Form nach, und zwar nach den sich ändernden bürgerlichen Verhältnissen, nach der sich ändernden vorwärts oder rückwärts schreitenden Entwicklung einer Nation von Zeit zu Zeit geändert werden, weil sie lediglich auf die bestehenden Verhältnisse einer Nation angewendet werden müssen; indem jedes Gesetz seinen Gehalt nur durch die Anwendung und Erfahrung ausspricht.

Es giebt also keine allgemeine, für alle Nationen und für alle Zeiten geltende Gesetzgebung; weil die Verhältnisse des eigenthümlichen Lebens der Nationen verschieden sind, und in verschiedenen Zwischenzeiten verschiedenartig werden, indem nicht blos Verschiedenheit in der Nationalbildung und der Grad der Kultur, sondern auch die Art der Nationalbeschäftigung und besonders der Moralität ihren Einfluß äußert: denn es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß bei den sinkenden Staaten, wo die blosse Legalität einmal an die Stelle der Moralität getreten, weit mehr Formen nöthig sind, und in den verdorbensten Staaten grade die meisten Gesetze gefunden werden.

Es ist also die gründlichste Theorie der Gesetzgebung allein, und die Kenntniß aller positiven Gesetze von den ersten Zeiten und Völkern an bis auf unsere Tage, ja selbst die mühsamste Kompilation dieser Gesetze, und das zersplittern dürrer Begriffe zur Anwendung auf das bestehende eigenthümliche Leben eines Volkes keineswegs zureichend, wenn nicht auch die zu gebenden Gesetze den bestehenden Verhält=

nissen anpassend gemacht werden. Die eigentliche Aufgabe für den Verfasser anwendbarer Gesetze ist also diese, „daß er selbst bei seinem unausgesetzten Studium, und der sich eigen gemachten gründlichen Kenntniß aller dieser bestandenen Gesetze eines Landes vorerst durch die verschiedenartigsten Verhältnisse eines vieljährigen praktischen Geschäftslebens die wirklich bestehenden Verhältnisse und den Charakter des eigenthümlichen Lebens der Nation kennen gelernt habe, ehe er den Tempel der Gesetzgebung betritt.

Der wahre Gesetzgeber muß also das wirkliche praktische Leben einer Nation umfassen, und er darf sich keineswegs blos damit begnügen, daß er die vor tausend Jahren bei andern, in ihren Verhältnissen ganz verschiedenen Völkern bestandenen Gesetze zusammenstelle, die dunkeln Begriffe erläutere, und so ohne Ausscheidung, sohin unbedingt so manche Antiquität auf die gegenwärtigen Verhältnisse übertrage.

Also erst dann, wenn der sich berufen fühlende Verfasser der Gesetze dieses eigenthümliche Leben der Nation nach allen wirklichen Verhältnissen durch eine vieljährige Geschäftserfahrung kennen gelernt hat, darf er mit seiner früher erworbenen gründlichen Kenntniß aller bisher bestandenen positiven Gesetze die Hand an die Verbesserung der Gesetze legen, und fruchtbar bestimmen,

1) Welche ältern bisher bestandenen Gesetze für die gegenwärtigen Verhältnisse des Lebens der

Nation noch ganz passen, sohin beizubehalten sind, welche blos verbessert werden sollen, und

2) Ueber welche bürgerlichen Verhältnisse noch gar keine Gesetzesnormen aufgestellt sind, und welche nach dem eigenthümlichen Leben der Nation aufgestellt werden sollen.

Nicht ganz von diesem hier aufgestellten höhern Standpunkte aus dürfen wir die großen Verdienste des sel. Freiherrn von Kreittmayr um die Verfassung der baierischen Landrechte würdigen, sondern wir müssen bei dieser Würdigung auf den Zeitpunkt zurückgehen, in welchem er lebte und sein großes Gebäude aufführte; besonders aber müssen wir die größten zwei Hindernisse in Erwägung ziehen, welche ihm bei seiner damaligen Arbeit im Wege standen; diese sind folgende:

1) War man bis zu den Jahren 1751 = 1756 noch nicht so weit gekommen, daß man sich an ein erneuertes reformirtes Landrecht ganz hätte halten können; denn neben den neuern galten auch noch die ältern Rechte und Gesetze, die man also an ihren Stellen aufsuchen mußte. Zudem war eine Menge späterer Verordnungen, ertheilter Privilegien und verschiedener Kreisabschiede vorhanden. Alle diese Bruchstücke sollten vorerst in ein ganzes zusammengetragen, und aus den vorhandenen Theilen nur ein Hauptgebäude aufgeführt werden. Den unendlich vielen Kontroversen, dem langen Kriege zwischen dem jus civile, canonicum, romanum, germanicum, der Variationen

und Antinomien zwischen den Glossisten und Rechtsgelehrten, sollte zuerst durcheine definitive Entscheidung nach den bewährtesten Rechtsgelehrten (jus authoritativum) und der natürlichen Billigkeit ein Ende gemacht, und so das revidirte, ergänzte Landrecht mit den Annotationen an die Stelle aller bisherigen Rechtsinstitute gestellt, sohin alle ältern Rechte ganz überflüssig gemacht werden; nur soll das ältere Landrecht als der nützlichste Kommentar noch Anwendung finden. Dieß war, und mußte der erste große Plan des Freiherrn v. Kreittmayr seyn, wie er selbst in der Vorrede zum Judiciarcodex dieses bestättigt.

2) War zur Zeit der Verfassung der Gesetze Baiern noch ein integrirender Theil des deutschen Reiches, und Baierns Unterthanen waren zu sehr in abhängigen Rechtsverhältnissen mit ihren deutschen Brüdern; dagegen das corpus juris romani in ganz Deutschland als allgemeines Recht (in subsidium) geltend eingeführt.

Was war also für die damaligen Zeitumstände natürlicher, als daß Freih. v. Kreittmayr gleich einer ämsigen Biene aus dem freilich geringen Schatze der einheimischen Gesetze und Gebräuche, dann aus dem gemeinen Rechte und überhaupt aus dem jure authoritativo den Honig heraussog, das Gesammelte ordnete, und einen terminus a quo aufstellte, von welchem die glücklichere oder unglücklichere Nachkommenschaft ausgehend, zu einer größern Vollkommenheit in

einer naturgemäßen Annäherung der Gesetze zu den eigenthümlichen Lebensverhältnissen der baierischen Nation einst fortschreiten sollte. Schon bey dem Eintritt in das praktische Leben fühlte Freiherr von Kreittmayr, daß die damals bestandenen Landesgesetze theils zu zerstreut, theils dunkel und unentschieden, oder für viele Verhältnisse des menschlichen Lebens nicht mehr passend, oder noch gar nicht gegeben seyen. Allein selbst die gründlichste Theorie der Gesetzgebung schien ihm noch kein Recht zu geben, sich an die Verbesserung der Landesgesetze zu wagen; vorerst wollte er ein Menschenalter hindurch die Schule mit dem Leben aussöhnen, an der Quelle der Geschäftserfahrung selbst schöpfen, und erst im vorgerückten Alter, mit welchem das ruhige Gefühl für erworbene Rechte gleichen Schritt hält, wollte er den Tempel der Gesetzgebung betreten.

In einem eigenhändig vom Fr. v. Kreittmayr geschriebenen Aufsatze fand ich zu Hatzkofen über die Verfassung des Codex folgende interessante Stelle, in welcher derselbe sagt:

„An dem Codice bavarico und den „darüber verfertigten Anmerkungen, „welche mir in meinem Leben soviel zu „schaffen gaben, legte ich im Jahre „1750 die erste Hand an, arbeitete, so„viel es meine andere schweren Amts„geschäfte zuließen, 19 ganzer Jahre „fleißig daran, vollendete sohin das „ganze Werk mit Einschluß des com„pendii und Staatsrechtes im Jahre „1769."

„Das beständige Sitzen, Lesen, „Schreiben, Denken, Nachsinnen, welches ein Werk von solcher Natur fordert, zog mir im Jahre 1759 eine „todsgefährliche Krankheit zu, wovon „ich aber durch die Güte Gottes wieder „befreit wurde, und endlich im Jahre „1767 die Edelmannsfreiheit für mich „und meine Descendenz zum Recompenz erhielt.“

Aus dieser angeführten Originalstelle des Fr. v. Kreittmayr ersehen wir, daß er seit dem Antritte seiner praktischen Laufbahn im Jahre 1725 bis 1750, mithin volle 25 Jahre des Geschäftslebens sich zur Verbesserung der Landesgesetze vorbereitete, und Erfahrungen sammelte.

Bei der Bearbeitung der Gesetze verfuhr er auf folgende Weise!

Da die Materien in dem ältern Landrechte ganz durcheinandergeworfen waren, so wählte er die abweichende Form nach Art der Kompendien des gemeinen Rechts, und entwarf vor allem das Skelet. Er besaß damals eine Bibliothek von 12000 Bänden der berühmtesten Rechtsgelehrten, die er nach vollendetem Kodex als nunmehr ganz überflüßig und entbehrlich größtentheils in die Hofbibliothek unentgeldlich versetzen ließ.

Während dem Durchgehen der verschiedenen Autoren waren einzelne Bogen Papier bereitet, auf deren jeden nach der Eintheilung des Skelets einzelne Materien geschrieben waren. Was nun über die einzelnen Materien in den Büchern

aufgefunden wurde, und von Belange war, wurde auf dem Blatte zitirt, so, daß nicht blos der Autor und die Seite oder der Paragraph, sondern auch sehr kurz angezeigt ward, von welcher Seite derselbe den Gegenstand betrachtet, und wie er hierüber gedacht habe, ob er die Materie endlich nur überhaupt, oder theilweise, und welchen Theil derselbe ausgearbeitet habe. Nachdem nun einmal das Sistem ausgedacht und hergestellt war, wie die Materien aufeinander folgen, was von jeder derselben angeführt und gesagt werden soll, wurden die Bögen hergenommen, die darin befindlichen Blätter durchsucht, das Anwendbare in den Autoren aufgeschlagen und benützt.

Das Manuscript des Codicis und die Anmerkungen wurden auf solche Art größtentheils auf einzelne Blätter, die er zuletzt numerirte, geschrieben, und so dem geistlichen Hofmeister des ältesten Sohnes, Namens Schamberger, zum rein Abschreiben übergeben. Das Manuscript aber wurde, so wie die Bücher aus der Presse kamen, sogleich kassirt, weil der Verfasser ein Feind von unnützen Papieren und Büchern war.

Das erste vom Freiherrn von Kreittmayr verbesserte Gesetzbuch war, wie uns bekannt ist, der Kriminalcodex vom Jahre 1751, welchem im Jahre 1752 die Anmerkungen folgten. Die veränderten Verhältnisse der Zeit foderten eine Umarbeitung dieses peinlichen Gesetzbuches, weil es den Stempel seines damaligen Zeitalters am unverkennbarsten getragen hat; denn ein Rückblick in die Geschichte der damaligen Zeit zeigt uns das wilde Bildniß einer Generation, bei welcher Jahrhunderte hin-

durch angedauerte Kriege und Verheerungen die Gefühle der Moralität und Rechtlichkeit abgestumpft hatten, und wo der Henker mit dem Schwerte an die Stelle der leisen Empfindungen des psychologischen Zwanges treten mußte. Wenn wir aber mit kritischem Auge diesen Kodex durchgehen, und die wenigen Stellen uns wegdenken, welche eine bloße Folge der damaligen religiösen Superstitution seyn mögen, so können wir die Weisheit des Gesetzgebers in der Grundlage des Gesetzbuches selbst nicht verkennen, und wir finden in demselbeu die meisten Forderungen, die wir an die Strafgesetzgebung macheu können, erfüllt. Jede Strafe ist nämlich, als die Folge des Verbrechens, im genauen Verhältniß mit der strafbaren Handlung bestimmt, ohne durch die bloße Abschreckungstheorie eine strengere Strafe zu bestimmen, als der Rechtsbegriff erlaubt. Auch wurde das Gebiet der Verbrechen nicht geschlossen, weil dieß keiner Strafgesetzgebung möglich ist. Auch der Staatswirthschaft und der Nationalbeschäftigung näherte sich dieser Kodex dadurch, daß er die Entziehung der Freiheit in einem auffallenden Mißverhältnisse sich nicht zum leitenden Princip festsetzte, sondern bei den unendlich vielen Fällen, wo keiner dem andern gleicht, lieber auf das arbritrium judicis hinbaute. Das Gebiet der Indizien war nicht geschlossen, wodurch das Urtheil des Untersuchungsrichters in unnatürliche Schranken eingeengt worden wäre, ausser diesen Schranken aber dem Verbrecher ein weiter Tummelplatz gegeben wird, wo ihn der Inquirent nicht mehr verfolgen darf, und wo der Verbrecher ein viel erweitertes Asyl findet.

Endlich ward die Unschuld so wie die Schuld nach den Forderungen des Rechtsbegriffes dadurch bedacht, daß sich die erstere durch eine ausführliche Civilverhör vor der Specialinquisition retten konnte, die letztere aber, selbst bei dem boshaft Läugnenden, im Falle des begründeten Verdachtes nicht ungestraft blieb.

Im Jahre 1753 folgte die Gerichtsordnung aus der Hand des Freiherrn v. Kreittmayr, und im Jahre 1754 die Annotationen. In diesem wechselt die Verhandlungsmaxime mit der Leitungs- (nicht ganz Untersuchungs-) Maxime so passend, daß dieser Kodex immer als ein Meisterstück betrachtet wurde, und nach einer deutlichern Auseinandersetzung der summarischen Proceßarten, nach einer Erläuterung noch mancher dunkler und mißverständener Stellen, endlich nach einer Verminderung der wirklich zu vielen Termine überhaupt, dann der zu vielen Präclusiv- und Appellationstermine, noch lange als Muster einer anwendbaren Gerichtsordnung gelten kann. Im Jahre 1756 erschien das neu verbesserte Landrecht in 4 Theilen mit dem beigefügten Lehenrecht, und diesem folgten bis zum Jahre 1768 die gelehrten Anmerkungen in starken 5 Bänden. Im 5ten Bande der Anmerkungen hat Freiherr v. Kreittmayr als der erste in Baiern das baierische Privatrecht, nämlich das Adelsrecht, das Stadt- und Bürgerrecht, und das Gemeinderecht bearbeitet. Er war der erste, der dem baierischen Lehenrecht die Form der Wissenschaft gab; und ebenso behandelte er zuerst das geistliche, das Militair-, endlich das Schul- und aka-

demische Recht. Besonders merkwürdig sind endlich die verfaßten Suplementa ad codicem, weil in denselben noch sehr wichtige Nachtragsgesetze besonders für die Gerichtsordnung enthalten sind, deren Lesung ich jeden Rechtsgelehrten empfehle.

Dieses Landrecht mit den gelehrten Anmerkungen war für die damalige Zeit ein unsterbliches Werk, und noch bis zur Stunde konnten wir daran nichts besser machen, so viele Steine an diesem alten Gebäude des damaligen Zeitalters ausgebessert und eingelegt werden sollten; wovon wir zwar die Nothwendigkeit anerkennen, aber auch diejenigen zu kennen wünschen, die sich zu dieser Verbesserung der Gesetze fähig, sohin berufen fühlen.

Diese Annotationen zum Landrechte waren der Leitstern bei den höchsten Reichsgerichten und bei den Justizhöfen in Deutschland in allen zweifelhaften Fällen, welche das Landrecht nicht deutlich bestimmte.

Von diesen gelehrten Anmerkungen sagt der große Göttingsche Rechtsgelehrte, der geheime Justizrath Pütter (Litteratur des deutschen Staatsrechts 2 Th. §. 376 an. 1781) daß sie einzig in ihrer Art sind, und daß man schwerlich so viel brauchbares, als hier in einem Buche beysammen ist, irgendwo antreffen werde; der berühmte Marburgische Universitätskanzler von Selchow nennt wegen diesem Werke den

Freih. v. Kreittmayr elegantissimum virum et patriae suae Tribonianum.

Im Jahre 1768 gab Freiherr v. Kreittmayr zum bequemern Gebrauche das Compendium Cod. bav. Civil. judiciar. criminal. et Annotat. heraus, welches 1773 in Latein bearbeitet erschien.

Im Jahre 1769 erschien aus der Hand des Freiherrn von Kreittmayr der bearbeitete Grundriß des allgemeinen deutschen und baierischen Staatsrechtes. Hierin hatte er deutsche Vorgänger oder vielmehr Mitarbeiter, nämlich den Pütter (historisch politisches Handbuch 1758) und den Moser (allgemeine Einleitung in die besondern Staatsrechte 1759); und Freih. v. Kreitmayr hielt so als Minister Staatskanzler durch seine vortreffliche Geistesprodukte gleichen Schritt mit den größten Rechtsgelehrten und Staatsmännern Deutschlands.

Im Jahre 1771 erschien vom Freiherrn von Kreittmayr die Sammlung aller bestehenden Verordnungen (Generalien) in den mannigfaltigen Zweigen der Staatsverwaltung, besonders in der Polizei, Landeskultur, dem Erziehungswesen, in geistlichen und kirchlichen Gegenständen, unter dem Namen: „Sammlung der neuesten und merkwürdigsten churbaierischen Generalien und Verordnungen.“

In dieser Sammlung finden wir nicht nur die durchdachtesten, auf das eigenthümliche Leben der

Nation eingreifendsten Bestimmungen, die den Minister Staatskanzler in seiner wichtigen Stelle ganz aussprechen, sondern wir finden in allen Verordnungen einen kurzen, gründlichen, lichtvollen Vortrag, und eine Kraft im Ausdrucke, aus welchem stets der schöne Einklang des Kopfes mit dem vaterländischen Herzen hervorleuchtet.

Durch diese erste Herausgabe der Generaliensammlung bahnte Freih. v. Kreittmayr dem Hofrathssekretair v. Mayr den Weg, diese Sammlungen in dem Jahre 1784 und die folgenden Jahre fortzusetzen. Da diese bisher fortgesetzte Generaliensammlung einen Schatz von weisen und zwar von ursprünglich deutschen, sohin aus unserm wirklichen Leben hervorgehenden Bestimmungen in den mannigfaltigen Zweigen der Staatsverwaltung enthält, so wäre recht sehr zu wünschen, daß ein talentvoller Mann, dem es seine Berufsgeschäfte erlauben, sich an die Arbeit machte, alle die darin enthaltenen, und noch nicht aufgehobenen Verordnungen nach den einzelnen Zweigen der Staatsverwaltung auszuscheiden, und sohin für die künftige Gesetzgebung die schönsten und nützlichsten Materialien zu liefern; nur müßte bei dieser Arbeit von den jüngsten Zeiten zu den ältern zurückgearbeitet werden; weil viele frühere Verordnungen bereits durch spätere aufgehoben und unbrauchbar geworden sind, sofort bey der von mir angegebenen Art der Bearbeitung viele Mühe und Zeit erspart würde: indessen sollten die ältern aufgehobenen Verordnungen bei den neuern Materien dennoch allegirt werden; weil die Erfahrung lehrt, daß manche aufgehobene Verord-

nung in ihrer Anwendung gleichwohl noch so gut, wo nicht besser sey, als die neuere.

Endlich im Jahre 1785 erschien die erneuerte Wechselordnung, und des Fr. v. Kreittmayrs für Baiern so wohlthätig wirksamer Geist erscheint noch in der Nachtragsverordnung vom 11. May 1787, wegen Beschränkung der Wechselfähigkeit zum letztenmal; nur Schade, daß diese Ausdehnung durch die spätere Verordnung vom 19 Juli 1787 auch auf diejenigen Gewerbberechtigten wieder ausgedehnt wurde, die nicht einmal einen Begriff von den in das innere Mark der Nationalbeschäftigung eines agronomischen Staates einschneidenden gesetzlichen Wirkungen der Wechsel- und Merkantilschulden haben.

Wenn wir nun das schöne, ganz dem Dienste des Vaterlandes geweihte Leben des Ministers Staatskanzlers noch einmal durchwandern, wenn wir seine noch lebenden Werke bei unsern täglichen Arbeiten bewundern, und bedenken, daß die Verfassung der Codicen sowohl, als des so umfassenden Schatzes der gelehrten Anmerkungen ausschlüssig und allein sein Werk sind, daß er also allein*) und ohne Mitarbeiter mehr lei-

*) Daß ein Gesetzbuch mehr Einheit und Konsequenz enthalte, wenn es nur von einem einzigen ganz fähigen und umfassenden Talente bearbeitet wird, läßt sich nicht läugnen. Indessen wäre zu wünschen gewesen, daß Baron v. Kreittmayr seine Gesetze vor dem Druck einem andern durch theoretisch praktische Bildung sich auszeichnenden Geschäftsmanne zur strengsten Prüfung über-

stete, als alle die zwei und dreißig der gelehrtesten Männer, welche nach dem Zeugniß des Freiherrn von Schmid (Comentar ad process. sum. tit. 2. art. 2. num. 4.) das Gesetzbuch von 1616 bearbeiteten; wenn wir endlich bedenken, daß er als Staatskanzler und Minister bei seinen schweren Berufsarbeiten die wichtigsten Deduktionen in Staatsangelegenheiten verfaßte, die nicht öffentlich bekannt gemacht werden konnten; wenn wir noch einmal mit Dank erfülltem Herzen all das Gute überschauen, das dieser seltene Mann theils in seinem langen Leben, nach seinem Tode aber durch seine Gesetze, in einigen Jahren auf ein volles Jahrhundert über sein Vaterland verbreitete; so wird uns wahrlich die Wahl schwer, wen wir zuerst die Palme der Unsterblichkeit zuerkennen sollen, nämlich dem seltenen Sterblichen, der so große Dinge geleistet, oder dem Fürsten, der in der Auswahl seiner Staatsbeamten seine Weisheit und Gerechtigkeit gegen entschiedene Verdienste laut beurkundet hat? Da wir aber nach der Geschichte alles große nur aus der Vereinigung der Gerechtigkeit der Herrscher gegen wahre Talente, und dem Verdienste selbst hervortreten sehen, so gebührt dir Palme der Unsterblichkeit beiden mit gleichem Vorzuge, und ihre Namen wird der Codex maximilianeus der spätesten Nachwelt in der Geschichte auch dann noch aufbewahren, wenn die veränderten Verhältnisse

---

geben hätte; denn auf diese Art wäre manche noch dunkel und mißverstandene Gesetzesstelle deutlich gemacht und näher bestimmt worden.

des Zeitalters längst eine Revision der Gesetze werden nothwendig gemacht haben.

Die Gesetzgebung gehört blos ihrem Zeitalter an, wie Solon sagt, und die Rechtsgeschichte Baierns zeigt uns die Nothwendigkeit der allgemeinen Gesetzesrevision in jedem Jahrhunderte, nämlich in der Reihe der drei letzten Jahrhunderte, in den Jahren 1516, 1616, und 1751 bis 1756.

Noch ist zwar die bisher in der Geschichte aufgestellte Periode der Dauer des Codex maximilianeus nicht ganz abgelaufen, aber ein allmächtiger Umschwung des politischen Lebens, und eine gänzliche Umstaltung der hieraus hervorgegangenen bürgerlichen Verhältnisse ist so vielen Perioden vorgesprungen, daß man allenthalben in den Staaten von Europa Materialien zusammentragen, und Menschen beschäftigt sieht, welche an dem zu erneuernden Gebäude der Gesetzgebung arbeiten, oder wenigstens flicken. Auch in Baiern hat man bereits Hand an das Werk gelegt, welches uns zu großen Hoffnungen berechtigt.

Wenn wir aber erwägen, daß jede Civilgesetzrevision nicht die Vernichtung der bestehenden Privatrechte, sondern nur eine Verbesserung der Rechtsformen zum vorzüglichen Gegenstande hat, wenn wir durch die vieljährige Geschäftsbildung belehrt, bekennen müssen, daß die Rechtsmaterie durch eine viel einfachere, dem deutschen und baierischen Charakter viel angemessenere Form erreicht werden könnte, als die bisher bei=

behaltenen römischen Subtilitäten vorschrieben; wenn bis jetzt keinem praktischen Geschäftsmanne die Bemerkung entgehen konnte, daß der deutsche Privatwille, das römische subtile Gesetz umgehend und vermeidend, in den Verträgen nach seiner ganz eigenthümlichen Natur, wo er es gültig konnte, sich selbst bestimmte, und verbindlich machte, so daß er zur ersten Quelle aller privatrechtlichen Verhältnisse wurde, und sich erhielt, (welches bei einer passenden Gesetzgebung doch ein weit seltener Fall seyn sollte) wenn wir also mit dieser wahren praktischen Ansicht das bestehende Civilgesetzbuch nach den 4 Theilen, Kapiteln und Paragraphen durchgehen, und so manche rein römische Gesetzesstelle mit den bestehenden Verhältnissen des eigenthümlichen deutschen Lebens vergleichen, so läßt sich nicht läugnen, daß manche Gesetzesstelle ganz unanwendbar *), manche zu modificiren ist, über die wichtigsten Verhältnisse der Landwirthschaft, Gewerbe ꝛc. aber die Gesetzesnormen erst in den voluminösen Generaliensammlungen aufgesucht werden müssen. Da wir in den letztern manche bleibenden Normen finden, die in streitigen Fällen zur Justitz gehören, ungeachtet sie den Römern unbekannt, sohin in das Civilgesetzbuch nicht aufgenommen wurden, so werden wir solange vergebens uns bemühen, die Grenzen der Justiz von jenen der Polizey richtig aus-

*) Wie empörend für die Vernunft ist z. B. die Gesetzesstelle: nemo pro parte intestatus, pro parte testatus potest decedere, in ihren gesetzlichen Wirkungen, und wie ungerecht sind die zur Gültigkeit eines Testamentes erforderlichen Solennitäten?

zuscheiden, bis wir nicht alles, was bleibenden Charakter hat, überall zusammenfassen, und in das Civilgesetzbuch aufnehmen; dagegen das blos örtliche mit seinem stets sich ändernden Charakter in das Gebiet der Polizey verweisen. Geschieht dieses nicht, so werden die wichtigsten Privatverhältnisse ein Gegenstand der Laune der Polizey bleiben, dadurch aber dem Nationalwohlstande die tiefsten Wunden geschlagen.

Allgemeine Abhandlung.

Ueber den Vorzug des Studiums der vaterländischen Rechte vor den römischen und gemeinen Rechten, und über die nothwendige Kenntniß des ältern Landrechtes von 1616 in Baiern zur Beleuchtung der dunkeln Gesetzesstellen in dem neuen Landrechte von 1753 bis 1756.

Allgemeine Abhandlung.

Ueber den Vorzug des Studiums der vaterländischen Rechte vor den römischen und gemeinen Rechten, und über die nothwendige Kenntniß des ältern Landrechtes von 1616 in Baiern zur Beleuchtung der dunkeln Gesetzesstellen in dem neuen Landrechte von 1753 bis 1756.

Die bei allen Nationen von Zeit zu Zeit nothwendig gewordene Revision der Privatgesetze war im Grunde keine neue Gesetzgebung, sondern nur eine Verbesserung, Vermehrung, Erläuterung oder Abänderung und Accomodation der bisher über Privatrechte bestandenen Rechtsnormen nach den Foderungen der praktischen Vernunft, des bisherigen Lebens und des eigenthümlichen Charakters einer Nation; denn die Erfahrung hat alle Völker gelehrt, daß die Güte und Dauer eines Gesetzes darauf beruhe, daß dasselbe aus dem eigenthümlichen Leben und den ganz besondern Verhältnissen der Nation von selbst hervorgehe. *)

Deutschland hatte Hoffnung, nach dem hergestellten Landfrieden und dem errichteten Kammer-

*) Baron Schmid sagt in seinem Kommentar über die Revision der baierischen Gesetze: Hugibertus I. dictavit 661; Albertus auxit 1553; Wilhelmus innovavit 1588; Maximilianus I. perfecit 1616; Ferdinandus Maria servavit 1679.

gerichte zu einer aus dem deutschen Nationalcharakter und der Nationalbeschäftigung hervortretenden Gesetzgebung zu gelangen, als es plötzlich durch die Einführung der über die Alpen gekommenen römischen Rechte in seiner eigenen Ausbildung gehindert wurde. Dieses römische Recht, das seine Reception in Deutschland vorzüglich den häufigen Reisen der studierenden Jugend auf die italienischen Universitäten im 13ten, 14ten und 15ten Jahrhunderte verdankt, wurde nun auf dem Reichstage im Jahre 1495 mit dem jure civitatis begabt, und bei der Verfassung der Kammergerichtsordnung von 1508 wird schon Bartolus, Baldus und die Glossa sammt dem Gerichtsgebrauch von Rom alle Augenblicke allegirt.

So war Deutschland mit Gesetzen überschwemmt, welche schon im 6ten Jahrhundert durch Tribonian*) aus beinahe 2000 alten Büchern zusammengetragen wurden, deren Chaos, wie Baron von Kreittmayr sagt, ohne Eckel nicht angesehen werden kann, deren Stempel aber so entfernter Zeitalter, deren Gepräg eines

*) Tribonian und seine 16 Gehülfen setzten nämlich alle Rechtssätze, welche sie in den Schriften des Julian, Papinian, Ulpian, Paulus rc. und der 39 seit Hadrians Zeiten (A. C. 117) lebenden vorzüglichen Rechtsgelehrten fanden, zusammen, sammelten die Excerpte, und schrieben die Rubrik darüber. Mit dem Excerpiren und Ordnen dieser Privatmeinungen verfuhr man nicht gewissenhaft, und niemand konnte daran denken, daß man an das Evangelium dieser Juristen-Apostel noch im 19ten Jahrhunderte so fest glauben sollte.

ganz verschiedenen Zeitalters, eines verschiedenen Nationalcharakters, verschiedener Nationalbeschäftigung, verschiedener Staatsverfassung, selbst verschiedener Sprache und Cultur auf Deutschlands Verhältnisse ganz und gar nicht paßte. Mit Recht wundern sich daher Conringius und andere Rechtsgelehrte, daß das corpus juris romani sich soweit ausbreiten, und so lange erhalten konnte, und nennen es confusionem divinitus conservatam.

Allein eine ganz nicht passende Gesetzgebung, die zwar dem Namen nach nur subsidiarisch recipirt wurde, deren Sieg und Uebergewicht aber über das einheimische bei der Vermischung mit demselben nicht zweifelhaft blieb, kann zwar den eigenthümlichen Charakter einer Nation verderben, aber doch nicht ganz vertilgen; und so behielt nicht blos Deutschland noch viele einheimische Gesetze, wie Rittershusius, Ludwig und mehrere andere in Bibliothec. Lippen. Jenich. de differentiis juris civilis, canonici, romani et germanici pag. 147 bemerken, sondern auch Baiern bewahrte noch einen bedeutenden Schatz ursprünglicher Landesrechte, welche Graf Herwarth in der Abhandlung: differentiae potissimae inter jus bavaricum (Landrecht) et jus commune civile rom. Ingolstad. 1718 in 167 Folioseiten anführt.

Indessen sehen wir leider, daß die letzte Periode der baierischen Gesetzgebung von 1516 bis gegenwärtig nicht so fast aus unserm eigenthümlichen Nationalcharakter hervorgieng, als sie vielmehr durch die Pest des über die Alpen her-

übergedrungenen römischen Rechtes verunstaltet wurde.*)

Da nämlich bereits auf dem Reichstag von 1495 das römische Recht recipirt worden ist, so darf es uns nicht wundern, daß schon die erste Epoche der dritten Periode des baierischen Rechtes von 1516 viele Spuren dieses fremden Rechtes enthalte. Ganz aber erscheint die Aufnahme fremder Rechte in der 2ten und 3ten Epoche bey den Rechtsbüchern von 1616 und 1751-1753 und 1756. Wenn wir aber die drei Gesetzbücher dieser letzten drei Epochen von 1516, 1616 und 1751 bis 1753 bis gegenwärtig zusammenstellen, so finden wir, daß das jüngste Gesetzbuch immer aus den früher bestandenen, und dieses wieder aus den ältern Gesetzbüchern herausgeflossen, zugleich aber mit den, den Zeitverhältnissen angemessenen nothwendigen Abänderungen, Vermehrungen und Verminderungen verfaßt wurden; so daß die Quelle der Erklärung und der Kommentar des neuesten Gesetzbuches das vorher bestandenene Gesetzbuch

*) Daß die Ritterschaft in Baiern schon im Jahre 1499 an Herzog Georg von Landshut wegen Einführung des römischen Rechtes Klage führte, bewährt folgende Stelle: „In judicibus intollerabilis error. Non enim eliguntur judices more antiquo; sed multi juris romani professores. Cum jus municipale servandum sit, et antiquae consuetudines pro legibus habendae sint, fit, ut multa his contraria fiant, unde deceptiones, errores, et turbae oriuntur. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam, si sciant, illi nostris consuetudinibus quidquam tribuere volunt. vid. Bibliothec. histor. Goettingens. 1r Theil Seite 281.

bleibt. Daher sagt der Gesetzverfasser B. Kreittmayr in seiner Vorrede zum Criminal- und Judiciar-Codex ganz richtig, daß, obgleich die ältern Landrechte von 1616 durch die neuen aufgehoben wurden, die ältern dadurch dennoch ihren guten Gebrauch und Nutzen noch nicht verloren haben, sondern, gleichwie das jus novum ex antiquo meistentheils seinen Ursprung hat, das letztere nicht nur zur weit bessern Kenntniß des ersteren diene, sondern fürwahr die Stelle des allerbesten Commentarii dabei vertreten könne. Um nun diese so nothwendige Verbindung in Vergleichung und Beleuchtung der dunkeln Gesetzesstellen zu erhalten, hat Baron v. Kreittmayr in den Annotationen die oft zu kurz zusammengefaßten Gesetzesstellen des Grundtextes durch den Sinn des alten Landrechtes zu beleuchten für nothwendig gefunden, wie er am Ende seiner Vorrede zu den Annotationen des Judiciar-Codex selbst sagt.

Da nun das neueste Gesetzbuch nicht nur das auf den Geist des gegenwärtigen Zeitalters noch Passende aus den ältern Gesetzen herübernahm, sondern eine Menge von Rechtsnormen, besonders aber von Formen enthält, die der gegenwärtige Geist des Zeitalters und die veränderten Verhältnisse in dem bürgerlichen Leben nothwendig machten, so folgt, daß nur das neueste Rechtsbuch als das Resultat der möglich vollendeten Gesetzgebung der Vergangenheit und der Gegenwart der erste und vorzügliche Gegenstand unsers eifrigsten Studiums auf der Universität und zur Bildung für das praktische Geschäftsleben seyn soll, und daß auf die ältern

Gesetze nur als Subsidiargesetze, oder zur Beleuchtung einzelner Gesetzesstellen hingewiesen, sohin, wegen ihrer geringen Anwendbarkeit auf das gegenwärtige Leben bei denselben keineswegs als Hauptsache der Anfang gemacht werden soll.

Dieses ist nicht blos meine Ueberzeugung aus Erfahrung, sondern auch die Meynung des Baron v. Kreittmayr, welche er in der Vorrede zu seinen Annotationen des Civilcodex ausführlich darstellt, und der er die wohl zu erwägende Wahrheit beisetzt, daß durch das vorzugsweise Studium des corpus juris romani vor dem Landrechte der Kopf des jungen Mannes mit vielen unbrauchbaren und leicht entbehrlichen Dingen angefüllt, ihm dadurch die Zeit zu dem Studium des wahrhaft Nützlichen entzogen, und ihm häufige Vorurtheile und Irrthümer durch die ersten Eindrücke für fremde, auf unsere Verhältnisse nicht passende Gesetze eingeprägt werden; da sich die Macht des ersten Eindruckes auf junge Menschen nach Horatz so fest erhält: Quo semel est imbuta, recens servabit odorem testa diu.

Da Baron v. Kreittmayr, welcher bei seiner gründlichen Kenntniß der alten und neuen Gesetze beinahe ein ganzes Jahrhundert das Leben mit der Schule auf der langen Stuffenleiter der Staatsverwaltungsposten zu versöhnen suchte, uns der sicherste Gewährsmann ist; so sollen wir seine auf Erfahrung gegründete Behauptung wohl erwägen, da er sagt: „Will man sich die Zeit, Mühe und Kosten in studio juridico nicht selbst unnöthigerweise verdoppeln, und ent-

weder gar in spem futurae oblivionis, oder nur auf jene Art lernen, wovon Seneca schreibt: Dum scholae potius, quam vitae discimus; so ist nöthig, daß man itzterwähntes Studium nicht von oben herunter mit dem jure romano, communi, vel patrio antiquo, sondern vielmehr von unten hinauf mit dem jus modernum, oder wenigst zugleich anfange, dagegen dieses letztere für das Haupt, jenes hingegen nur als ein pro illustratione und allenfalls in subsidium dienendes Nebenwerk ansehe, sohin die jura nicht so, wie sie einst bei den Römern und den alten Deutschen bestanden sind, sondern wie sie wirklich bei uns stehen, gleich anfänglich und vorzüglich zu erlernen suche."

Diese Behauptung bewährt ihre Wahrheit um so mehr in Ansehung des praktischen Geschäftsmannes, als derselbe die wirklich oder gegenwärtig bestehenden Rechtsnormen wissen und anwenden muß, dagegen die vor tausend Jahren und für fremde Nationen gemachten Rechtsnormen wohl für den Gelehrten historischen, für den Geschäftsmann aber nur in einigen Fällen subsidiarischen Werth haben, zumal wenn die bestehenden Gesetze mehr zum Naturgemäßen des eigenthümlichen Charakters der Nation zurückgeführt worden sind. Zudem findet jeder baierische Jurist in dem so schönen Nationalschatz von B. v. Kreittmayrs gelehrten Anmerkungen zu den Gesetzbüchern jede neuere Gesetzesstelle durch das ältere Landrecht, durch das Kommunrecht, und durch das römische Recht erläutert, sohin alle nöthige Quellen aufgedeckt, oder doch wenigstens angezeigt.

Das fatale römische Recht hat Deutschland an der Vervollkommnung der seinen Verhältnißen und Charakter angemessenen Gesetzgebung gehindert. Unter der Vervollkommnung der Gesetzgebung verstehe ich aber nichts anders, als die Zurückführung derselben zum Natur- und Vernunftgemäßen, und ich halte sie nur dann für gut, wenn die Gesetze bestimmt, gemeinfaßlich, dem Nationalcharakter und der Nationalbeschäftigung eines Volkes angemessen, und durch die einfache Form die Materie nicht gefährdet, oder gar unterdrückt wird.

Wenn wir aber das entsetzliche Chaos in den römischen Gesetzbüchern, den cumulum legum inordinatum et molem indigestam (dieß sind die Worte des Baron v. Kreittmayr in der Vorrede zu den Annotationen des Judiciarcodex) betrachten, so finden wir bis zum Eckel, selbst bei dem gelungensten Theile der Lehre von Kontrakten, so eine unnatürliche Einzwängung der Vernunft in unnütze Formalitäten und Subtilitäten, durch welche die Materie selbst größtentheils der Form, und die deutsche Redlichkeit und Gutmüthigkeit der römischen Raffinerie und Rabulisterei zum Opfer wird: daß man sich wundern muß, warum Deutschland bei den übrigen so großen Fortschritten des Verstandes in den so mannigfaltigen Theilen der Wissenschaft diese römischen, sohin ganz undeutschen Gesetze nicht aus seinem Boden verwies, oder das so wenig Brauchbare derselben den deutschen Privatverhältnissen nicht accomodirte.

Daß so manche Theoretiker, welche mit vieler Anstrengung sich in das saubere Erbe der römi-

schen Rechtsgelehrsamkeit gesetzt haben, und darin gemächlich ruhen, wüthende Vertheidiger des corpus juris romani sind, ist ganz natürlich: aber der deutsche Geschäftsmann, der in der Schule des praktischen Geschäftslebens den Werth der Gesetze nur nach den eigenthümlichen bestehenden Verhältnissen abwiegt, erkennt in der Prüfung der Wahrheit den so lange täuschenden Nimbus des Doctor Romanus nicht mehr, sondern er hegt den patriotischen Wunsch, daß deutsche Talente, die die Schule mit dem eigentlichen Leben zu versöhnen Kräfte fühlen, die Hand an das große Werk legen, um Deutschland deutsche Gesetze zu geben, und die römisch-lateinischen zn verbannen.

Sehr verderblich war bisher der Glaube, als reiche das Studium der Pandekten schon hin, daß man ein gründlicher baierischer Rechtsgelehrter sey; indem man das baierische Landrecht blos als eine Copie des römischen Rechtes zu betrachten pflegt. Allein es wurde schon oben angeführt, daß das baierische Recht in unendlich vielen Fällen von dem römischen abweiche, und ein ganz eigenes gründliches Studium voraussetze.

Daß das römische Recht große Lücken habe, und über viele Verhältnisse des bürgerlichen Lebens keine Rechtsnormen enthalte, diese unwidersprechliche Wahrheit führt schon Baron v. Kreittmayr in seiner Vorrede zu den Annotationen des Judiciarcodex an, und beruft sich auf den großen Rechtsgelehrten Böhmer, De methodo disputandi, conscribendi disputationes p. 56. wo ein großer Vorrath von Materien aufgeführt wird,

welche in jure romano entweder gar nicht berührt, oder nur sicco pede übergangen sind. Schlagen wir nun die angeführte Seite nach, so finden wir nicht nur die 56ste und 57ste Seite mit den übergangenen Materien angefüllt, sondern es rechtfertigt sich bei Durchgehung dieser Materien meine anderswo gemachte Behauptung, daß in den römischen Rechten gerade die wichtigsten Materien über die Privatrechtsnormen der eigentlichen Verhältnisse der Landwirthschaft, der Gewerbe und des Handels, so wie der so nothwendigen Verhältnisse der Nationalbeschäftigung überhaupt, als der Basis, auf der sich die Staatswirthschaft gründet, übergangen worden sind. *)

Es wird auch keineswegs der Aufmerksamkeit jedes wissenschaftlich gebildeten und durch Erfahrung geleiteten Geschäftsmannes die Wahrheit entgangen seyn, daß die widernatürliche Anwendung der römischen Gesetzesstellen auf staatswirthschaftliche Verhältnisse des Ackerbaues und die Gewerbe der Nationalbeschäftigung oft äußerst schädlich sey.

In dem ganz unverdienten Lobe, das man so verschwenderisch dem corpus juris romani zollte, liegt die Ursache, warum man die schönsten Kräfte unserer Jugend, und den ersten regesten Eifer für das Rechtsstudium an der unnützen Antiqnität der römischen Formular-Jurisprudenz abstumpfte und lähmte, statt daß man dieselben dem fruchtbaren Studium der bestehenden, durch

---

*) Ueber den Wirkungskreis eines Landgerichts im Königreiche Baiern. 1r Band Seite 106-110.

die gegenwärtigen, oft ganz neu und entgegengesetzten Verhältnisse der Nation, ganz umgewandelten vaterländischen Gesetze hätte widmen sollen.

Es war endlich der unselige Glaube, daß es über das corpus juris romani in der Legislation nichts Erhabneres gäbe, der uns in dem Schlummer der Verblendung zurückhielt, und unserm auf dieses dicke corpus fest hingehefteten Blick nicht erlaubte, die wahren Verhältnisse des eigentlichen bürgerlichen Lebens zu durchschauen, um die aus seiner eigenthümlichen Natur von selbst fliessenden Rechtsnormen herauszuholen, und sie als passende Provinzialgesetze aufzustellen. Wenden wir nun unsern Blick auf die baierische Gesetzgebung.

Es wurde schon oben angeführt, daß in der dritten Periode der baierischen Gesetzgebung vom Jahre 1516 bis itzt das neuere Gesetzbuch größtentheils aus dem vorher bestandenen geflossen ist, und daß das ältere Gesetzbuch, nach ausdrücklicher Erklärung des Legislators Baron v. Kreittmayr, als der beste Kommentar für das neuere Gesetzbuch diene.

Da nun die neuere Gesetzgebung von 1751 bis 1756 sich auf die ältere von 1616 stützt, und in der Gesetzgebung von 1751 bis 1756 das Landrecht blos durch eine Menge mittlerweile erfolgter Rescripte, dann durch die Decision der Kontroversen nach dem jus authoritativum der bisherigen Observanz und Billigkeit vermehrt und verbessert wurde, da ferner Baron v. Kreittmayr in der Vorrede zu den Annotationen des Judiciarkodex ausdrücklich erklärt, daß er mit einem

Worte oft sehr viel gesagt, und deßwegen für nöthig gefunden habe, die Gesetzesstellen des Grundtextes durch eigene Annotationen zu beleuchten, diese Beleuchtung aber größtentheils eine Erklärung des neuen Gesetzes durch die alten Landrechte von 1616 ist: wie wir bei jedem Kapitel, Paragraph und Nummer uns überzeugen; so ergiebt sich, daß das Studium des alten baierischen Landrechtes von 1616, als des eigentlichen Kommentars zu dem neuen Landrechte, für einen baierischen Juristen nicht nur viel wichtiger ist, als das Studium der römischen Pandekten, sondern die Erfahrung lehrt uns in der täglichen Gerichtspraxis, daß manche dunkle, und zu kurz gefaßte Gesetzesstelle in den neuern Gesetzbüchern des baierischen Judiciarcodex von 1753 und im Civilgesetzbuche von 1756 lediglich durch das alte Landrecht von 1616 erläutert werden müsse. *)

Eine äußerst merkwürdige Stelle von dieser Art enthält der baierische Codex judiciar. von 1753 im 20 Kapitel §. 6 Nro. 4.

Nach den Worten dieser Gesetzesstelle scheint die Ehefrau ihr Vor- und Unterpfandrecht in dem Gantprocesse über das Vermögen ihres Ehemannes in dem Falle zu verlieren, wenn sie zu offenem Kram und Markt sitzt, oder Wirth- oder

*) Die bewährtesten Rechtsgelehrten stimmen meiner Meynung bei, daß man ohne das Studium der Landrechte von 1616 die neuern Landrechte von 1753 - 1756 unmöglich gründlich verstehen könne, weil Baron v. Kreittmayr, bei der Uebertragung der ältern Gesetze in die neuverbesserten Gesetzbücher sich sehr oft zu kurz und dunkel ausdrückt.

Gastschaft hält, oder endlich ein gemeinsames Gewerb treibt.

Nach diesem Wortsinne hat die fast allgemeine Gerichtspraxis seit Lichtmeß 1754 die Ehefrauen mit ihren Heirathgütern und den heirathlichen Sprüchen aus der Gant verwiesen, wenn sie zu Kram und Markt gesessen, oder mit ihren Ehemännern z. B. Metzgern, Bäckern, Bräuern, Köchen rc. gemeinsames Gewerb getrieben haben.

Allein diese Ausschliessung der Ehefrau mit ihren heirathlichen Sprüchen ruht offenbar auf einem Mißverstande dieser Gesetzesstelle, und so hat die Praxis durch manche Instanzen fast täglich ein Unrecht über so bedeutende Summen von eheweiblichen Rechten ausgesprochen, die, wenn wir sie in einer Summe vor uns liegen sähen, und uns diese gesetzwidrig abgesprochenen Summen zu Theil würden, zu den reichsten Partikuliers von Deutschland uns machen würden.

Die Praxis gründete nämlich ihre falschen Urtheile, welche so hart auf das Schicksal der Familien einwirkten, auf eine irrige Verwechslung des, in ihren gesetzlichen Wirkungen unendlich verschiedenen Begriffes der communio bonorum generalis und der bloßen communis negotiatio. Auf die wesentlich nothwendige Ausscheidung dieser zwei ganz verschiedenen Begriffe bei der befraglichen Gesetzesstelle macht uns aber das in Annotationibus ad pctum 4 citirte Landrecht von 1616 Tit. 1. Art. 10 u. 11 aufmerksam, welches ausdrücklich erklärt, daß zwischen Eheleuten, welche ein gemeinsames

Gewerb treiben, nur eine Communis negotiatio, keineswegs aber eine communio bonorum generalis bestehe, daß also die Ehefrau keineswegs unbedingt für alle Schulden des Ehemannes mit ihren Vorzugs- und Unterpfandsrechten hafte, sondern lediglich nur denjenigen Gläubigern verantwortlich bleibe, welche die Quantität und Qualität ihrer Foderung in Ansehung der communis negotiationis nachzuweisen im Stande sind.

Wenn wir nun diesen Ausspruch des Landrechtes von 1616 mit dem neuern Civilgesetzbuch von 1756 1r Th. 6 Kap. §. 32. et Annot. vergleichen, und alle diese Gesetzesstellen mit der Stelle Cod. jud. Cap. 20. §. 6. Nro. 4 wieder zusammenstellen, so überzeugen wir uns zu unserm großen Erstaunen, daß die im Landrechte von 1616 Tit. 1. Art. 10 u. 11 so einfach und deutlich ausgesprochene Bestimmung der richtige und wahre Sinn der neuern Gesetzesstelle Cod. jud. Cap. 20. §. 6. Nro 4 sey.

Der Unterschied dieses wahren Sinnes des Gesetzes ist aber mit seinen rechtlichen Folgen so wichtig, und auf das Schicksal der Ehefrauen von so wesentlichem Einfluß, daß ich zur Warnung der Gerichtspraxis es für nothwendig hielt, der Erläuterung dieser bisher größtentheils mißverstandenen Gesetzesstelle eine eigene ausführliche Abhandlung zu widmen.

Eine eben so dunkle, aber für die Staatswirthschaft desto interessantere Gesetzesstelle enthält das neuere Landrecht von 1756 wegen Rei-

chung des Kleinzehends im 2 Theile 10 Kap. §. 3. Nro. 3, wo mit den Worten:

„Giebt man nach uralter Landesob-
„servanz den kleinen Zehend über-
„haupt nur an Orten, wo er Her-
„kommens ist, und in der Maaß wie
„er Herkommens ist."

alles gesagt zu seyn scheint, und im Grunde durch die angeführten Worte keineswegs das gesagt wurde, was den wahren Sinn des Gesetzes bezeichnen soll.

Da der wahre Sinn dieser dunkeln Worte, welcher durch eine ganz unlogische Anwendung des Begriffes von Herkommen auf singulos ex comunitate statt auf comunitatem qua talem paßt, und seine rechtliche Wirkung äußert; erst durch eine Zusammenstellung mehrerer Rechtsstellen, und durch die aufgefundene ganz eigene Erklärungsart des Legislators bestimmt, und erklärt werden kann; so unterzog ich mich der in der That sehr mühsamen Arbeit, den Sinn dieses Gesetzes mit seiner großen Wichtigkeit und Einfluß auf die Landwirthschaft in einer eigenen Abhandlung darzustellen.

Die Abhandlung „über den eigentlichen Begriff des constitutum possessorium," fügte ich deswegen bei, weil man die clausula constituti possessorii in der Gerichtspraxis bei den Kaufsverhandlungen aus irriger Verwechslung mit der clausula reservati dominii so oft ohne aller rechtlichen Wirkung gebraucht, und beson-

ders bei Universalkonkursen in die sichtbarste Verlurstsgefahr geräth. Deßwegen machte ich die Gerichtspraxis aufmerksam, bei Kaufsverhandlungen ja niemals die clausula constituti possessorii mit der zum jus separationis sich eignenden reservatio expressa dominii zu verwechseln.

Endlich suchte ich in den übrigen noch folgenden Abhandlungen die dunkeln Gesetzesstellen zum Nutzen derjenigen zu beleuchten, welche bei ihren Berufsgeschäften mit dem gründlichen Studium einzelner dunkeln Stellen sich nicht befassen können, und auch nicht die nothwendige Bibliothek und Gelegenheit haben, um in den Werken der bewährtesten Rechtsgelehrten sich Raths zu erholen.

Besondere Abhandlungen.

I.

Abhandlung

über die

Rechte und Verbindlichkeiten

der Ehefrauen

bei einem Gantprocesse

über

das Vermögen ihrer Ehemänner

nach baierischem Recht.

Besondere Abhandlungen.

I.

Abhandlung über die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrauen bey einem Gantprocesse über das Vermögen ihrer Ehemänner nach baierischem Recht.

Erstes Kapitel.

Von den Rechten der Ehefrauen in dem Gantprozesse über das Vermögen ihrer Ehemänner.

§. 1.

Von dem Separationsrechte der Ehefrau und ihrer Erben.

Den Ehefrauen gebührt in gewissen Gegenständen und Fällen das jus separationis ordinarium, nach welchem sie das Ihrige besonders zu fordern berechtiget sind, ohne sich mit andern Gläubigern in den Konkurs einlassen zu müssen. Cod. jud. Cap. 20. §. 16. N. 1.

Wenn sie das jus separationis gaudiren, so sind sie nicht schuldig, sich in den Konkurs einzulassen, sondern wie sie es freiwillig thun, so vergeben sie dadurch an ihrem Rechte nichts, besonders wenn es nur mit Protestation, und eventualiter geschieht. Cod. jud. Cap. 19. §. 5. N. 1.

Dieses jus separationis der Ehefrauen setzt die Richtigkeit oder den nöthigen Beweis zwei wesentlicher Stücke voraus, nämlich

1) des Eigenthums der prätendirten Sache,

2) des noch wirklichen Vorhandenseyns derselben in natura et specie, jedoch mit Ausnahme der vom Heirathgut erkauften Gegenstände in Ermanglung einer andern möglichen Entrichtung des Heirathgutes.

Dieses jus separationis gebührt nun den Ehefrauen in folgenden Gegenständen: 1) In ihren sämmtlichen Heirath, 2) Paraphernal: 3) allen vorbehaltenen Gütern, 4) in dem ihnen gebührenden Antheil an den Hochzeitgeschenken, 5) in der gemeinen Hausfahrniß, 6) in der Errungenschaft, so weit nämlich dieß alles noch in natura vorhanden ist, und endlich 7) auch in dem, was von ihrem Heurathgut mit oder ohne ihrem Wissen beigeschafft wird, und sie solchenfalls verstandenen Heirathgutshalber in anderweg nicht mehr entrichtet werden können. Cod. jud. Cap. 20. §. 16. N. 6.

Wenn hingegen eine Ehefrau ihre eigene mit erwähntem Separationsrechte begabten Güter andern Gläubigern förmlich verschrieben hat, so ist sie denselben darum Rede und Antwort zu geben schuldig. loc. et §. cit.

Soviel endlich die fructus restituendos von dem zu separirenden Heirathgute betrifft, sollen solche nur soweit jure separationis angesehen werden, als sie noch in natura et specie vor-

handen sind, ausser dessen gehören sie zum Konkurse. Cod. jud. Cap. 20. §. 16. N. 8.

Das baierische Recht gründet die vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung, daß nämlich das jus separationis den Ehefrauen bei ihrem Antheile an der gemeinen Hausfahrniß und Errungenschaft, in so fern dieselben noch in natura vorhanden sind, zukomme; auf die in Baiern Statt findende Gemeinschaft des Errungenen unter den Eheleuten. Cod. civ. 1 Th. Cap. 6. §. 32.

Nach dieser Gemeinschaft (communio particularis) wird den beiden Eheleuten nicht nur alles dasjenige gemeinschaftlich, was sie sich von ihren Einkünften ersparen, und durch gemeinschaftlichen Fleiß und Mitwirkung erringen, Cod. civ. 1 Th. Cap. 6. §. 21., sondern auch die gleich anfänglich zusammengebrachte, oder nachher vermehrte oder beigeschafte Hausfahrniß ibid. §. 21, folglich kann die Ehefrau, weil die eine Hälfte der Errungenschaft und Hausfahrniß ihr eigen ist, diesen ihren Antheil als ihr Eigenthum abgesondert von den Gläubigern fodern.

Unter der gemein vermischten Hausfahrniß sind nach §. 21. jedoch nicht alle bewegliche Güter, sondern nur der Hausrath, als Leinewand und Bettgewand, Küchen- Zinn- und Kupfergeschirr u. dgl. wie nicht weniger vorräthiges Geld, Speise, Trank und Getreide, soweit nämlich dieses alles nur zum täglichen Gebrauch und Bestreitung des Hauswesens dient, verstanden, wohingegen alles übrige, Geld, Getreide, Handelswaare, Bücher, Gewehr, Pferde und Equipage, Jagd und Fischwerkzeuge, Wägen, Vieh ꝛc. dem Ehemann allein eigenthümlich gehören.

Aus eben dem Grunde kann dieselbe die Hälfte der erhaltenen Hochzeitgeschenke, wenn sie noch in natura vorhanden sind, mit dem Absonderungsrechte wieder fodern, weil ihr solche mit dem Ehemann gemeinschaftlich zugehören. Cod. civ. 1 Th. Kap. 6. §. 19.

Die Ehefrau kann ferner das End- und Gebänd, Kleider und alles zu ihrem Leibe gehörende nebst dem Geschmuck und Kleinodien (diejenigen ausgenommen, welche ihr vom Ehemanne nur zur bloßen Zierde überlassen wurden) mit dem Absonderungsrechte wieder zurückfodern, weil ihr solche allein eigen sind, (Kap. 6. §. 21.) und ebendeswegen ihr und ihren Kindern bei Erbtheilungen als im Voraus überlassen werden. Kap. 6. §. 28.

Von allen diesem Vermögen müssen ihr auch die von der Verfallzeit an erhobenen Nutzungen wieder zurückgegeben, sohin die vom letzten Jahre der Verfallzeit zwischen ihr und ihrem Ehemanne oder dessen Gantmasse vertheilt werden. Hingegen muß sie auch die vom Ehemanne auf ihr zurückgefordertes Vermögen verwendeten nöthigen und nützlichen Kosten und Ausgaben wieder ersetzen, jedoch mit der Einschränkung, daß hievon diejenigen Kosten ausgenommen bleiben, welche der Mann zur Abtragung der auf dem Gute haftenden onerum, oder zur Erhaltung und Einbringung der Früchte verwendet hat; auch dürfen die nützlichen Kosten nicht abgezogen werden, wenn der angebliche Nutzen nicht mehr existirt, oder der Aufwand nur in Kleinigkeiten besteht, oder diese Kosten von der Art sind, daß, ohne

Schulden zu machen, oder das Gut gar veräußern zu müssen, sie nicht ersetzt werden können, die expensae voluptuariae aber sollen der Ehefrau gar nicht abgezogen, sondern allein, wenn es salva rei substantia geschehen kann, von der Sache hinweggenommen werden. Cod. civ. 1 Th. Kap. 6. §. 28.

Da dieses Separationsrecht sich auf das vorhandene dominium gründet, so beschränkt es sich nicht blos auf leibliche Kinder der Ehefrau aus der nämlichen Ehe, und ihre Deszendenten, wie das blos der Person anhangende Vorzugsrecht der dotis in der fünften Klasse im Konkurse, sondern es geht auf alle ihre Erben hinüber.

§. 2.

Von der fünften Klasse der Ehefrauen in der Priorität.

Ist das Heurathgut gar nicht mehr in natura oder nur im verminderten Werthe vorhanden, so gebührt der Ehefrau wegen der Foderung desselben oder des Restes die fünfte Klasse; denn deshalb hat sie auf ihres Ehemanns Vermögen von dem Hochzeittage an nicht nur ein stillschweigendes Unterpfand, sondern auch das jus praelationis vor andern, obschon ältern stillschweigenden Hipotheken. Wer aber eine Verschreibung hat, worinn des Ehemanns Güter schon von den pactis dotalibus ausdrücklich verpfändet wurden, gehört ebenfalls in gegenwärtige Stelle, und geht dem Heirathgute vor. Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nro. 1. 2.

Diesen Vorzug des Heurathgutes aber genießt nur dasjenige Gut, welches dem Ehemann ausdrücklich unter diesem Namen und Titel zugebracht wird; und wenn es erst nach der Ehe zugebracht wird, so fängt das jus et privilegium dotis nicht von dem Hochzeittage, sondern erst a die constitutionis an. Cod. civ. 1 Th. Kap. 6. §. 13.

Ad constitutionem dotis gehören aber drei Stücke: 1) die Ehe, 2) förmliche pacta dotalia, 3) die wirkliche Einbringung des ausdrücklich sub titulo dotis versprochenen Gutes.

Förmliche Heurathsgedinge fodern die obrigkeitliche Errichtung, bei Siegelmäßigen aber die schriftliche Fertigung sowohl von den Prinzipalkontrahenten selbst, als von fünf Gezeugen, wenn sie als eine letztwillige, erst durch den Tod zu Kräften kommende Handlung bestehen sollen; indem sonst die Vermuthung für ein unwiederrufliches Geding inter vivos ist.

Der nöthige Beweis über das Einbringen des Heirathgutes geschieht aber 1) durch zwei Gezeugen, oder 2) durch schriftliche Urkunden (instrumenta publica) oder 3) durch des Ehemannes eigenes Geständniß, welches letztere wieder drei Stücke erfodert, nämlich: 1) daß das Heirathgut in den Ehepakten vorläufig versprochen, 2) der Empfang mittelst einer besondern (auch Privat-) Quittung von dem Ehemann bescheinigt, und 3) durch zehnjährige Beiwohnung der Eheleute bestättigt sey. Wenn aber die zehn Jahre noch nicht verflossen sind, so beweiset des Ehemanns Quittung nicht, ausser sie ist durch

einen siegelmäßigen Gezeugen nebst dem Ehemann ausgefertigt, oder der Empfang entweder durch einen unverwerflichen Gezeugen und des Ehemanns Quittung, oder ohne Quittung durch zwei Gezeugen, welche von der wirklichen Einbringung hinlängliche Auskunft geben können, erwiesen. Cod. jud. Cap. 20. §. 6. Cod. civ. 1 Th. Kap. 6. §. 29.

Ohne besondere obrigkeitlich errichtete Quittung kann auch der vollständige Beweis über die Einbringung des Heirathguts dadurch hergestellt werden, wenn in dem Instrumente über die Heirathspakten die Obrigkeit ausdrücklich attestirt, daß die Erlage in ihrer Gegenwart geschehen sey. Cod. civ. 4 Th. Kap. 11. §. 6. Nro. 4.

Das Heirathgut weicht also nur den ausdrücklichen ältern Hypotheken, geht aber in der Konkurrenz allen ältern stillschweigenden Hypotheken vor; weil letztere allezeit in der achten Klasse zurückbleiben, wenn sie nicht eines besondern Privilegiums und der Prälation in den ersten sieben Klassen sich zu erfreuen haben.

Ungeachtet sich übrigens die privilegia dotis nur auf die Person erstrecken, so haben dennoch der Ehefrauen leibliche Kinder aus der nämlichen Ehe und ihre Descendenten sich derselben zu erfreuen. Cod. jud. Cap. 20. §. 14, Nro. 10 et 11.

In welchen Fällen die Ehefrau dieses Vorzugsrechtes nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nro. 4 sich nicht bedienen könne, werde ich unten der Wichtigkeit wegen eigens ausführen.

§. 3.

Von der achten Klasse der Ehefrauen in der Priorität.

Wenn der Ehefrau, über ihre ausser dem obgedachten Heirathgut in die Ehe gebrachten Güter, einzeln eine ausdrückliche Hipothek in dem Vermögen des Ehemannes konstituirt wurde, und diese ausdrückliche Pfandverschreibung älter ist, als ein der in der 5ten, 6ten und 7ten Klasse ausgesprochenen Posten, so geht sie nach der allgemeinen Bestimmung des Cod. jud. Cap. 20. §. 9. als hipotheca expressa denselben vor, und gehört nicht mehr in die 8te, sondern in die 5te, 6te oder 7te Stelle, ausgenommen so viel die fiskalischen Foderungen in neo acquisitis betrift; den Gläubigern aber der 1sten, 2ten, 3ten und 4ten Klasse weicht sie ungeachtet des Alters nach der Natur aller zwar ausdrücklichen, aber mit keinem privilegio et jure praelationis absoluto begabten Pfandverschreibungen, allzeit aus.

Ist aber für die Ehefrau in Ansehung ihrer ausser dem Heirathgut eingebrachten Güter keine ausdrückliche Hipothek nach den einzelnen Objekten bestimmt, und können diese in natura nimmermehr vorhandenen Güter jure separationis nicht mehr vindicirt werden, so gestatten die Gesetze derselben in diesem Falle ein stillschweigendes Unterpfand in der 8ten Klasse, ohne daß sie deswegen in dieser Klasse den ältern ausdrücklichen oder stillschweigenden Hi-

pothekeu vorgeht. *) Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nro. 3.

Dieses stillschweigenden Unterpfandsrechtes haben sich zu erfreuen:

1) die Paraphernalgüter, welche die Frau ihrem Ehemann ausser dem Heurathgut zubringt, und sich die Administration hierauf ausdrücklich nicht vorbehält.

Nach den Gesetzen werden die Gütrr der Ehefrau so lange für Paraphernal geachtet, bis das angebliche bonum dotale oder receptitium genugsam bewiesen ist.

Deswegen hält man auch die Morgengabe und den Mahlschatz, die largitas sponsalitia, den der Ehefrau gebührenden Antheil an den Hochzeitgeschenken, der gemeinen Hausfahrniß und Errungenschaft bis auf andern genüglichen Beweis, was und wieviel hieran pro bono dotali vel receptitio erklärt wurde, für ein wahres Paraphernal; hingegen das sogenannte Spiel- oder Stecknadelgeld für ein Receptizgut. Cod. civ. 1 Th. Kaq. 6. §. 23.

Wegen den zu Geld angeschlagenen und dem Ehemann kaufsweise (venditionis nicht taxationis causa) zugebrachten Mobilien, ferner wegen

*) Ist hingegen dieses stillschweigende Unterpfand älter, als die Foderungen des Fiskus ex extractu vel administratione (ausser in neo acquisitis) oder der Wechsel- und Briefschulden, so müssen die Foderungen in der 7ten Klasse ihr ausweichen. Indessen ist dies ein Gesetzeswiderspruch der durch eine eigene Abhandlung erläutert wird.

der Morgengabe oder Wiederlage und Wittibsitz, dann den Mahl- oder Brautschatz (Arrha sponsalitia) gebührt der Ehefrau das jus separationis nicht, wenn auch dieselben gleich in natura noch vorhanden sind, sondern sie hat sich mit den übrigen Creditoren in Hinsicht ihres stillschweigenden Unterpfandrechtes in den Konkurs eingelassen. Cod. jud. Kap. 20. §. 16. Nr. 6.

Das Recht des Unterpfandes der Ehefrau fängt von der Zeit der errichteten Ehepakten in dem Falle an, wenn in den Ehepakten wegen der Paraphernalien ein ausdrückliches Unterpfand bedungen wurde; wenn hingegen in den Ehepakten der Paraphernalien nicht gedacht wird, so ist zu unterscheiden, ob sie in fahrender Haab oder in liegenden Gütern bestanden? Im ersten Falle fängt der Ehefrau stillschweigendes Unterpfand von der Zeit an, da der Mann die fahrende Haab empfangen; im andern Falle aber, wenn die liegende Paraphernalgüter verkauft wurden, erst von der Zeit, da der Mann den Kaufschilling zu Handen gebracht hat. Das stillschweigende Unterpfand wegen der Morgengabe, Wiederlage und Wittibsitzes, wenn solcher statt der Wiederlage ist, beginnt aber vom Hochzeittage; indessen wird bei der Wiederlage nach Cod. civ. 1 Th. 6 Kap. §. 15. Nr. 3 und §. 14. Nr. 4 vorausgesetzt, daß das Heirathgut wirklich constituirt und eingebracht worden sey. Cod. jud. Kap. 20. §. 6, Nr. 3.

Das Einbringen der Paraphernalien muß eben so, wie das Einbringen des Heurathgutes erwiesen werden, und auch hier ist das Geständniß des Ehe-

mannes kein hinlänglicher Beweis gegen die Gläubiger, wenn nicht jenes durch zehnjähriges Beisammenwohnen der Eheleute von der Zeit des Geständnisses an, oder durch andere Umstände unterstützt wird. Cod. bav. jud. cap. 20 §. 6. und Cod. civ. 1. Thl. Kap. 6 §. 24.

Wegen der Rezeptitzgüter endlich, oder desjenigen Vermögens der Ehefrau, welches sie der Verwaltung ihres Mannes nicht überlassen hat, kann sie sich weder eines stillschweigenden Unterpfandes, noch eines Vorzugsrechtes erfreuen; sondern sie kömmt damit unter die gemeinen Gläubiger, und dahin gehört besonders das sogenannte Spiel- oder Stecknadelgeld. Cod. civ. 1. Thl. Kap. 6 §. 22.

Da übrigens die Ehefrau in Ansehung der Paraphernalgüter als eine stillschweigende unbefreite Hypothekgläubigerin angesehen werden muß, so erstreckt sich dieses jus hypothecae nicht blos auf ihre leiblichen Kinder, sondern auch nach §. 14 Nro. 9 auf alle ihre Erben, Cessionarios und Nachkommen, und zwar realiter.

Nach dem erfolgten Tode der Mutter soll gemäß Cod civ. 7. Thl. Kap. 5. §. 5 Nro. 4 das Muttergut für die Kinder zur Vermeidung aller Irrung längst inner einem Jahre bey willkührlicher Strafe von siegelmäßigen Vätern im Beiseyn der Anverwandten, von Unsiegelmäßigen aber vor ihrer oder ihrer Kinder ordentlicher Obrigkeit gebührend ausgezeigt und in Richtigkeit gebracht, auch bei verspürender Nachlässigkeit von der Obrigkeit ex officio hierin vorgegriffen werden.

Allein manchmal wird diese Auszeigung übersehen, und die mütterlichen Güter mittlerweile von dem auf die Gant kommenden Vater konsummirt.

In diesem Falle gestatten die Gesetze den Kindern das stillschweigende Unterpfandsrecht auf dem väterlichen Vermögen, um die von mütterlicher Seite herrührenden und konsumirten Güter von der Zeit an, da der Vater die Verwaltung derselben auf sich genommen, oder zu nehmen gehabt hat, es mag der Vater zur zweiten Ehe geschritten seyn, oder nicht. Cod. jud. cap. 20 §. 10 N. 4.

Sind hingegen diese mütterlichen Güter noch in natura vorhanden, so haben sich die Kinder jure dominii des Separationsrechtes zu erfreuen. Das Heurathgut hingegen fodern sie Kraft ihres privilegirten Vorzugs-Unterpfandes in der V. Klasse zurück, wenn sie über die nicht mehr vorhandenen Vermögensstücke das Separationsrecht nicht ausüben können.

§. 4.

Von der Alimentation der Wittwe auf dem hinterlassenen Vermögen des zu vergantenden Ehemannes während dem Konkursprozesse.

Ist die Ehefrau des Gantirers Wittwe, so gebühret derselben von ihres Mannes hinterlassenem Vermögen während der Zeit des andauernden Konkursprozesses, und wenn sie sich sonst nicht unterhalten kann, nicht nur die Alimentation nach Gestalt ihres Standes, Heurathgutes und des

Mannes Verlassenschaft, sondern sie soll auch solchenfalls wider ihren Willen aus dem verlassenen Haab und Gütern während dem Prozesse nicht entsetzt werden, wogegen dieselbe um alles, was sie über die ihr gebührliche und von dem Richter erkannte Unterhaltung eingenommen hat, ordentliche Rechnung, und wenn es die Gläubiger begehren, auch genugsame Versicheruug zu thun, sofort das, was sie besagter Alimentationshalber im Anschlag genossen, seiner Zeit wieder in Abzug bringen zu lassen hat.

Diese gesetzliche Bestimmung des Cod. jud. cap. 19 §. 19 Nr. 6 gründet sich buchstäblich auf das Gantrecht von 1616 T. 2 Art. 13 und ist aus demselben in Hinsicht der Dauer der Alimentationszeit zu erklären. Diese Dauer bestimmt aber das alte Landrecht nur für die Zeit des Gantprozesses, bis nämlich das Prioritätsurtheil rem judicatam erlangt hat.

Zweites Kapitel.

Von den Verbindlichkeiten der Ehefrauen bei einem Gantprozesse über das Vermögen ihrer Ehemänner.

§. 1.

Nach dem Civilgesetzbuche Cod. bav. civ. 1. Thl. Kap. 6 §. 33 hat ein Ehegatte für den andern regulariter weder ex delicto noch ex contractu zu haften, folgende drei Fälle ausgenommen:

1) Wenn sie sich für= oder nebeneinander rechtsförmlich verbinden, oder verschreiben,

2) in casu societatis vel communionis bonorum,

3) wenn causa debendi unter ihnen gemeinschaftlich ist, z. B. bei den Hochzeitkösten.

Ad 1) Im ersten Falle hat besonders in puncto mutui die von der Ehefrau für ihren Ehemann geschehene Verschreibung, Obligation und

Intercession von ihrer Seite gar keine verbindliche Kraft, außer

a) Es sey das entnommene Geld zu ihrem eigenen sonderbaren Nutzen verwendet, und hierüber der Beweis geführt worden; oder

b) die Ehefrau habe auf ihre Freiheiten nach den Erfordernissen Cod. civ. 1. Thl. Kap. 6 §. 34. rechtsförmlich verzichtet.

Ad 2) Schwieriger scheint die Frage: In wie ferne die Ehefrau für den Ehemann ob casum societatis vel communionis bonorum hafte?

Die communio bonorum unter Eheleuten erstreckt sich nach Cod. civ. 1. Thl. Kap. 6 §. 32 entweder

1) auf alle sowohl gegenwärtige als künftige Güter, und heißt communio bonorum generalis, Diese allgemeine Gütergemeinschaft setzt ein besonderes und ausdrückliches Geding voraus, und das Gesetz schließt communionem generalem vel societatem tacitam ipso facto contractam aus, ungeachtet solche sonst societati expressae gleichgeschätzt wird. vid Not. §. 32. Oder die communio erstreckt sich

2) nur auf einige Güter und wird particularis genannt.

Diese besondere Gütergemeinschaft geht nach hiesigem Landesgebrauch, und wo kein anderes ausdrücklich bedungen ist, ebenfalls nicht

weiter, als auf die Hochzeitgeschenke, die gemein-vermischte Hausfahrniß, und die Errungenschaft.

Bei beiden Gattungen der Gemeinschaft hat in der Regel gleicher Gewinn und Verlust bei gemeinschaftlichen Stücken zwischen Eheleuten statt, welches insonderheit (Nr. 6) bei jenen wohl zu merken ist, welche zu offenem Kram und Markt sitzen, offene Gastung oder gemeines Gewerb und Handthierung treiben, als z. B. Metzger, Bäcker, Brauer, Küchel- und Zuckerbäcker, Methschenken, Köche, welche Gastungen halten und dergleichen.

Das Gesetz setzt Nr. 7 fest, daß die Obrigkeit in den Heurathspactis Vorsehung thun soll, damit unter den gedachten Personen, wegen der in Ansehung ihrer gemeinschaftlichen Handthierung und Gewerbschaft gemachten Schulden rc. desto weniger Streit entstehe.

Diese Gesetzesstelle wird in notis ad Cod. civ. 1. Thl. Kap. 6 Nr. 6 sehr deutlich so erklärt:

„6. Von Eheleuten, welche communem „negotiationem vel quaestum exerzieren, „das ist, zu offenem Kram und Markt sitzen, „offene Gastung oder gemeines Gewerb und Handthierung treiben, macht sowohl das Land-„recht (v. 1616) Th. 1. Art. 10. als unser Kodex „(Civilkodex von 1756) allhier sonderbare Er-„wähnung, jedoch nicht distinctionis „sondern ampliationis causa; theils weil bei „ihnen communio bonorum quoad acquae-„stus auch in jure communi romano fundirt

„ist, (Baron Schmid Cit. Art. 10. Nr. 4.) theils „weil sich bei diesen Leuten über die Errungen„schaft und in Ansehung ihrer gemeinschaftlichen „Handthierung oder Gewerbschaft gemachter Schul„den weit öfter als bei andern die Frage ergiebt. „Das Landrecht specificirt zwar cit. T. 1r Art. 11. „nur die Bräuer, Metzger, Lebzelter und gemeine „Gastung haltenden Köche; unser Kodex setzt aber „noch die Bäcker, Küchel- und Zuckerbäcker nebst „den Methschenken hinzu; alles jedoch nur „exemplificationsweise; denn es giebt noch „mehr dergleichen, z. B. die Liquer- und Seifen„sieder, Stärk- Salben- Kraft- und Perüquen„macher, Kränzlbinder und Federschmücker. B. „Schmid Art. 11. Nr. 6. rc. Ebendarum aber, „und weil sich bei diesen Leuten über gedachtes „Object gern allerlei Irrungen zu ergeben pfle„gen, befiehlt sowohl das Landrecht als der Ko„dex den Obrigkeiten fleißige Vorsehung zu thun, „daß man sich in den Heirathspactis deshalb „vorläufig verstehe: sonst ist zwischen diesen, „und andern Eheleuten hierinfalls kein „Unterschied, sondern es waltet auch bei „beyden nur communio bonorum par„ticularis quoad acquaestus, com„munem suppelectilem, et munera „nuptialia regulariter vor, soweit „etwa kein anderes ausdrüklich unter „ihnen paktirt ist.“

Nun sagt aber der Codex juris bavarici judiciarii vom Jahre 1753 Kap. 20. §. 6. wo von dem Vor- und Unterpfandsrecht der Ehefrau in der 5ten und 8ten Klasse die Rede ist, Nro, 4to „Kann sich keine Ehefrau itzt be-

„meldter Vor- und Unterpfandrechte ge-
„gen die Creditores in folgenden Fäl-
„len mehr bedienen, wenn sie nämlich
„zu offenen Kram und Markt sitzt, of-
„fene Wirth- oder Gastschaften hält,
„oder sonst ein solches Handwerk treibt,
„welches meistentheils in Kaufen und
„Verkaufen, mithin in gemeinsamen
„Gewerb besteht, wie z. B. bei Metz-
„gern, Bäckern, Bräuern, Köchen, Lebzel-
„tern, Methschenken ꝛc.

Nach den Worten dieser allerdings dunkeln Gesetzesstelle scheint es, daß keine Ehefrau des im §. 6. auseinander gesetzten Vor- und Unterpfandrechtes sowohl in Hinsicht ihres Heirathguts, als der Paraphernalgüter gegen alle Creditores ohne Unterschied sich erfreuen dürfe, wenn sie nur unter die aufgezählten gemeinsamen Gewerbe gehört, und daran durch offenes Kram- oder Marktsitzen, oder durch Geldeinnehmen oder Geldausbezahlen Antheil genommen hat. *)

---

*) Der gewichtige Rechtsgelehrte Gottlieb Gmelin erkennt auch wirklich diesen Sinn des Gesetzes als den wahren nach baierischen Rechten: bemerkt aber zugleich, daß das gemeine Recht, und die Praxis communis germaniae von dieser Ausnahme nichts wissen. Die Ordnung der Gläubiger im Anhange S. 52. Frankfurt u. Leipzig bei Stettin 1783.

Hätte Gmelin die Annotationen über diese Stelle nachgelesen, so würde er sich überzeugt haben, daß der wahre Sinn dieser Gesetzesstelle ganz mit dem gemeinen Rechte, und der communis germaniae observantia übereinstimme, weil sich der Gesetzesverfasser Freiherr von

Ist aber dieses der wahre Sinn der Gesetzesstelle, so entdecken wir nicht nur eine dem gemeinen und römischen Rechte und der deutschen und baierischen Gewohnheit ganz fremde und widersprechende Gesetzesbestimmung, und eine dem alten Landrechte von 1616 Tit. 1. Art. 10 u. 11 ganz entgegengesetzte Abweichung, sondern wir wundern uns in dem Gefühle des Unrechtes, wie der Legislator auf den so harten Einfall kommen konnte, den Ehefrauen blos wegen dem Antheil an dem gemeinsamen Gewerbe alle Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu nehmen, und sie auf diese Art von der Gantmasse auch in dem Falle auszuschließen, wenn der liederliche Ehemann durch muthwilliges Schuldenmachen sein und seines Eheweibes Vermögen auf die Gant bringt; denn haftet die Ehefrau den Gläubigern mit dem Ehemann durchaus gemeinschaftlich, so kann sie nicht, wie es bisher geschah, unter die Kurrentisten gesetzt werden, weil sie auch diesen haftet, sohin denselben ausweichen muß. Wie steht es aber in diesem Falle mit dem Separationsrecht der Ehefrau, wenn ihr Heirathgut und die Paraphernalgüter noch wirklich in natura vorhanden sind?

Der denkende baierische Rechtsgelehrte findet sich oft in dem Falle, zu dem großen Schatz der gelehrten Anmerkungen seine Zuflucht zu nehmen, um den wahren Sinn einer dunkeln Gesetzesstelle zu erforschen; und er kehrt größtentheils für seine Mühe belohnt zurück.

Kreittmayr ausdrücklich darauf beruft; er hätte sich also überzeugt, daß er, gleich vielen Andern, diese Stelle mißverstanden habe.

Wenn wir also die Notae ad Cod. jud. Cap. 20. §. 6. litt. d, (4to kann sich) nachschlagen, so lesen wir folgende Erläuterung: „Obbemeldtes Vorzugs= und Unterpfandsrecht „fallt bei den Ehefrauen in folgenden Fällen weg. Erstens, wenn sie mit dem Manne communem negotiationem exerzieren. Baier. Landrecht Tit. 1. Art. 10, 11. et generalis fere germaniae consuetudo. B. Schmid Roc. Edict. T. 2. Art. 11. n. 21. Gail L. 2. obs. 90. Nr. 5. Chemniz de jure praelationis Class. 3. Nro. 138 versteht sich auf gleichen Gewinn, denn wo dieser nicht gleich ist, so haftet man nur pro rata desselben. B. Schmid ad Stat. T. 1. Art. 10. Nr. 8, 9. Hieraus folgt nun, daß der wahre Sinn der Gesetzesstelle des Grundtextes aus diesen angeführten ältern Gesetzen, und der genannten Autoren vielmehr nach dem jus auctoritativum, und der consuetudo germaniae müsse erklärt und erläutert werden.

I.

Nachdem sich nun der Legislator in den erläuternden Anmerkungen vor allen auf das alte baier. Landrecht von 1616 als die Quelle der revidirten Landesgesetze beruft, so wollen wir den angezogenen 10 u. 11 Art. von Tit. 1. wörtlich anführen:

Der zehendt Articul.

Von Eheleuten, die gemeine Handthierung treiben.

„Welche Personen aber zu offenen Kram und „Markt sitzen, oder offene Gast geben, und an=

„dere dergleichen Personen sein, Mann und Weib, „die gemaine Handthierung Kaufens oder Ver„kaufens, zu gleichen Gewinn miteinander „nehmen und empfahen, und ihr beeder Gewerb „und Nahrung darmit treiben und fürnehmen: „wo in solchen und dergleichen Fällen Irrung „entstehen, soll Mann und Weib beederseits un„verscheidentlich, ein jedes für die ganze Schuld, „und als für ein Person, zu bezahlen verpflicht „seyn, doch weiter nicht als für die Schul„den, die wegen ihrer gemainen „Handthierung gemacht wurden 2c.

Der ailfte Articul.

„Wiewohl auch die Handwerksleut, zu ihrer „gemainer Nahrung sich kaufens und verkaufens „gebrauchen müßen, so ist doch das Weib für „den Mann zu bezahlen nicht schuldig, ausge„nommen der nachgesetzten Handwerkern, bey „welchen die Nahrung vielmehr durch Kaufen und „Verkaufen, dann durch das Handwerk gesucht „wird, und die Weiber eben so wol, als die „Männer das Geld einnehmen, nähmlich die „Brau, Metzger, Lebzelter, uud diejenigen Köch, „so Gastung haben, also das diese Handwer„cher unter vorgehenden Artikl auch be„griffen seyn sollen.*) Doch der zwischen ihnen „sondere Geding soll es ebenfalls darbei verbleiben.

II.

Baron Schmid erläutert den 10. Artikel auf folgende Art:

---

*) Also lediglich in Bezug auf das gemeinsame Handwerk (communis negotiatio) und nicht weiter.

Nro. 4. Pro regula prima ponitur, quod conjuges, qui communem negotiationem, mercaturam aut cauponariam exercent, sint habendi pro sociis, cujus societatis effectus est, ut eorum bona, et personae pro debitis constante matrimonio intuitu negotiationis communis, mercaturae aut cauponiae contractis, indivisim obligentur, etc.

Nro. 5. Ponitur secundo haec regula, quod ista obligatio, qua conjuges indivisim et in solidum pro se invicem tanquam correi obligantur, ad debita extra communem talem negotiationem contracta se non extendat in verbis: „Doch weiter „nit, als für die Schulden, die wegen ihrer ge„meinsamen Handthierung gemacht worden.“ Ratio est, quia particularis societas operatur hunc effectum, quod ultra negotiationem, de qua particularis societas contracta est, non extendatur, prout igitur lucra, extra talem particularem negotiationenem supervenientia inter conjuges non communicantur, ita etiam nec onera, aut debita uni, vel alteri conjugum aliunde obtingentia communia sunt; si proinde supponas, mercatorem duxisse uxorem, quae ex haereditate paterna inter caetera etiam plurimum aeris alieni, a parentibus suis contracti, marito attulit, aut vicissim maritus uxori, in ejusmodi debitis extraneis locus est regulae: ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore.

Nro. 6. Aliud est, si maritus et uxor fecissent societatem universalem et generalem, ita, ut omnia bona eorum, tam praesentia, quam futura, acquisita, et acquirenda, sive ex industria proveniant, sive ex prospera fortuna, sive ex contractibus, sive ex ultimis voluntatibus, communia fieri debeant, de qua societate loquitur Paulus I. C. in l. 3 §. 5 ff. pro socio et Ulpianus in l. 73. ff. eod. Certe in tali societate, quae conjugibus non est interdicta, dominia rerum cum debitis activis et passivis etiam sine traditione inter conjuges communicantur, et pro aequalibus portionibus de uno ad alterum transferuntur l. 1. §. 1 ff. pro socio et lib. 2 ff. eod. et talem societatem constituunt illi auctores, qui volunt, per matrimonium inter conjuges individuam vitae et bonorum societatem contrahi, ita, ut, si quis obaeratam duxit, aeque teneatur de debitis ab uxore ante matrimonium contractis, et vicissim uxor de debitis mariti.

Quod autem statuta nostra bavarica talem universalem societatem inter conjuges non agnoscant, nisi specialiter ita fuerit conventa, ex supra allatis manifeste convincitur, utpote, quae nullam obligationem unius vel alterius conjugis pro debitis extra specialem negotiationem contractis, consorti innocenti imponunt.

Bei der Erläuterung des 11 Artikels und bei Beantwortung der Fragen: Quot sint genera

coujugum communi negotiatione obligatorum? und: An ad similes species extendi possint? führt Baron Schmid Beispielweise an: die Küchelbacher und Pastetenmacherzunft, die Brandweinbrennereien, Lebzelter und Zuckerbäcker, die Claret= Romaney= Zitronenwassermacher, die Seifensieder, Anstreicher, Haarpulvermacher, Paruquen und Kränzelbinder, die Federschmücker, weil unter den Eheleuten von diesen Gewerben tacita quaedam societas per factum entsteht, welche dieselben bei dem gemeinsamen Gewerbe durch beständiges Kaufen und Verkaufen zu gleichen Theilhabern des Gewinnes und der Schulden aus diesem gemeinsamen Gewerbe macht.

Wenn wir in dem Gantprozesse vom Jahre 1616 den Tit. 2. Art. 11. durchlesen, so finden wir dort des Schuldners Ehefrau mit dem Heirathgut in der fünften Klasse locirt, in Ansehung der Paraphernalgüter aber ist ihr ein stillschweigendes Unterpfand eingeräumt, so daß der ganze Geist dieses Gesetzes auf das 20 Kap. §. 6 des neuen Judiciarkodex von 1753 herübergetragen sich zeigt; allein vergebens suchen wir in dem Gantproceß von 1716 Art. 11 die Gesetzesstelle, welche der neue Judiciarkodex Kap. 20. §. 6. Nr. 4 anführt, weil diese als ein Object einer societatis tacitae in das Civilrecht gehört, und da es nach den Grundsätzen der Kontrakte gewürdigt werden muß, ganz richtig in dem Landrechte von 1616 Tit. 1. Art. 10 u. 11 aufgenommen, und nach seinen rechtlichen Verhältnissen erklärt worden ist.

Indessen sagt der Kommentator Bar. Schmid ad Art. 11. Nr. 21 des Gantprocesses folgendes, worüber jedoch der Artikel des Grundtextes ganz schweigt.

„Observandum est decimo tertio, quos-„dam casus esse, in quibus mulier etiam pro dote actualiter illata, jure praelationis et privilegiis dotis non gaudet. Primus et notabilis casus secundum statuta nostra bavarica desumitur ex Tit. 1. Art. 10 et 11 des Landrechtes (deren Sinn wir so eben oben angeführt haben.)

Ubi disponitur, quod conjuges, qui communem negotiationem exercent, vel cauponariam exercent, vel tale opificium habent, quod maxime in rerum emptione et venditione consistit, et quasi communem Societatem profitentur: ejusmodi enim mulieribus tanquam correis, ne bona fide cum ipsis contrahentes inique decipiantur,*) ex communi consuetudine Germaniae et maxime patriae nostrae contra Creditores communis negotiationis (also nur gegen die Gläubiger des gemeinsamen Gewerbes) privilegia dotis denegantur; cum enim luc-

*) Auf den zum Handel, und zur Gewerbsbetreibung erforderlichen öffentlichen Glauben, und auf den der Ehefrau daraus zugehenden Vortheil stützt sich der Grund des Gesetzes; daher also dasselbe auch nicht weiter, als auf die Schulden des gemeinsamen Gewerbes ausgedehnt werden darf.

rum, et augmentum rei familiaris aeque ad uxorem quam maritum perveniat, uxor aeque ac maritus obligatur; et proinde, cum pecunia creditoris in ejus utilitatem versa esse dici possit, privilegiis suis non gaudet. Auth. Si qua mulier, Cod. ad S. C. Vell. l. jure societatis ff. pro soci.

Secundus casus est, quando mulier se cum marito legitime obligavit.

Tertius casus est, quando probari potest, quod maritus culpa uxoris, utpote ob luxuriam ejus, sumptuositatem, aut prodigalem rei familiaris administrationem ad inopiam pervenerit.

Wenn wir diese drei Fälle mit dem neuern Cod. jud. Cap. 20. §. 6. Nr. 4. zusammenstellen, so finden wir, daß sie genau und sogar in der nämlichen Ordnung hinübergetragen worden sind; es läßt sich also auch an dem nämlichen Sinne des erstern Falles eben so wenig zweifeln, als die andern zwei Fälle in dem alten und neuen Gesetzbuche mit den nämlichen Worten den nämlichen Sinn bezeichnen.

Daß die Gesetzesstelle Cod. jud, Cap. 20. §. 6. Nr. 4. nicht nach den Worten kann erklärt werden, da nach denselben die Ehefrau unbedingt ihre Rechte zu verlieren scheint, wenn sie an dem gemeinen Gewerbe Antheil nimmt, darauf macht uns schon der Beisatz in der Note zu dieser Stelle aufmerksam, da es heißt: „versteht sich, „auf gleichen Gewinn; denn wo dieser

„nicht gleich ist, so haftet man nur pro „rata desselben. B. Schmid ad stat. T. 1. Art. 10. Nr. 8, 9.

Diese Stelle des B. Schmid ist folgende:

Nro. 8. Si inter conjuges quidem communis negotiatio exerceatur, sed inter eos conventum sit, ut alterutra pars de lucro et quaestu minorem partem habeat v. g. tantum tertiam, vel quartam, et non dimidiam sive aequalem, tunc illa pars, quae de lucro non aequaliter participat, etiam ad debita solvenda non aequaliter obligatur, sed tantum pro Rata. Hinc sequitur, tametsi in processu edictali Tit. 4. Art. 11. Observ. 13 dixerimus, quod mulier, quae cum marito communem negotiationem exercet, non gaudeat privilegiis dotis, et contradotis etc. quoad Creditores ex communi negotiatione damnificatos, quod illud duntaxat intelligendum sit pro Rata et proportione lucri, quam in tali communi negotiatione vi pactorum dotalium consecuta est.

Ponamus, Cajum et Sejam ratione cauponariae incurrisse in aes alienum sex millium florenorum. Nunc supponimus, ex cauponario quaestu uxori Sejae vi pactorum dotalium tantum tertiam partem lucri, sive quaestus constitutam esse; ergo consequens est, ut etiam pro debitis exsolvendis non nisi ad tertiam partem, id est, pro duobus millibus, obligata sit; jubet ergo

Articulus, ut uterque conjux portionem suam pro rata, id est maritus quatuor millia, et uxor duo millia conferat, ex quibus Creditoribus, secundum ordinem processus edictalis, pro cujuslibet creditoris praerogativa et prioritate satisfactio praestetur. Quando maritus solvendo non est, uxor, quae ex tali negotiatione communi non commune et aequale lucrum, sed minorem partem v. g. tertiam vel quartam vi pactorum dotalium consequitur, pro marito non est obligata, sed solummodo pro portione sibi ex tali negotiatione competente.

Nr. 16. Dices, saltem hoc iniquum videri, si v. g. uxor ex tali inaequali negotiationis communione lucrum fecerit propter parsimoniam suam, maritus autem per prodigalitatem suam creditores defraudaverit, ut non saltem damnificati a muliere indemnitatem pro quantitate lucri sui petere possint, ex ratione prius allata, quod communem fidem conjugum consecuti sint. Sed quia haec exceptio non continetur in Articulo nostro, illam supplere non possumus; dubium enim esse non potest, quin ii, qui ad talem inaequalem negotiationem crediderunt, de illa fuerint sufficienter informati, sibi igitur imputent, cur non majori securitate crediderint, cum sciverint, vel scire debuerint, quod, secundum constitutiones nostras provinciales, conjuges inaequaliter participantes nonnisi pro rata obligentur.

III.

Die in Notis citirte Stelle von Gail lib. 2. Observ. 90. Nr. 5, unter der Aufschrift: „mulier mercatrix pro marito tenetur“ ist folgende: tertio non procedit ista regula in marito, et uxore mercatoribus, puta communem negotiationem aut cauponariam exercentibus, so zu offenem Kramladen oder Markt sitzt, oder die mit ihrem Mann Wirth= oder Gastschaft hält, quia in tali casu, uxor quasi jure societatis et tanquam correa debendi pro marito tenetur, nec poterit uti beneficio S. C. Velleiani, ne bona fide cum ipsis contrahentes inique decipiantur: et ita passim in Germania consuetudine, vel statuto receptum et constitutum per Text. in l. 1. §. pen. ff. de exercit. Act. text. in l. plane, l. 1 ff. pro soc.

Praeterea, quoniam hoc casu uxor ex negotiatione mariti lucrum et augmentum rei familiaris percipit, pecunia Creditoris in ejus utilitatem utique versa esse censetur, et proinde pro marito obligatur; ad hoc induco text. in Authent. si qua mulier C. ad S. C. Velleian. ibi, nec manifeste facit text. in l. jure societatis ff. pro socio.

Et ista intelligenda sunt, quando maritus pecuniam, vel merces pro communi negotiatione accepit et comparavit: secus, si ad suam utilitatem tantum contraxisset, quo casu pro marito uxor non teneretur, quia creditum non est in communem negotiatio-

Bayerische Staatsbibliothek München

nem versum per text. in d. l. jure societatis, et alias gesta extra societatem non obligant consocios, et contrahentes Consortes, sed solum ipsos. text. in d. l. jure societatis.

IV.

Wenn wir alle bisher angeführten Gesetzesstellen in Beziehung der Haftung der Ehefrau für die ex communi negotiatione entspringende Schulden mit den bewährtesten zwei Werken von Gmelin *) und Pfizer **) zusammenstellen, so ergiebt sich nach allen Kennern des gemeinen Rechtes und der deutschen Gewohnheit, daß nur die Handelsfrau (also nicht die bloße Ehefrau des Handelsmannes, sondern die Handelsfrau in der erst zu erweisenden Eigenschaft als solche) wenn sie mit dem Ehemanne einen gemeinschaftlichen Handel treibt, und nur blos für die Schulden mit dem Ehemann gemeinschaftlich hafte, welche einzig und allein in Ansehung dieses Handels gemacht worden sind; und daß selbst die Handelsfrau ungeachtet ihres Handels berechtigt ist, aus dem Konkurs über ihres Mannes Vermögen ihr eingebrachtes Vermögen zurück zu fodern; ungeachtet sie damit für die übernommene

---

*) Gmelins eigene Abhandlung „Von der Verbindlichkeit einer Ehefrau zu Bezahlung der bei dem Konkursprozeß über ihres Ehemannes Vermögen eingeklagten Schulden. Stuttgart 1813.

**) Pfizer. Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Ehemänner. 2 Bände. Stuttgart 1794.

Bayerische Staatsbibliothek München

Verbindlichkeit Rede und Antwort zu geben hat. Gmelin Seite 716. Senkenberg D. de jure et privilegio dotis, illatorumque in conc. cred. Cap. 1. §. 12.

§. 2.

Daß die Gesetzesstelle des Cod. judic. Cap. 20. §. 6. Nr. 4. nicht nach den Worten, sondern ganz nach dem Sinne der bisher angeführten Rechtsstellen zu erklären sey, und der Legislator selbst diesen Sinn hineinlegte, und hineinlegen mußte, bestättigen uns nachfolgende Gründe:

1) Wenn der Ehemann und die Ehefrau ein gemeinsames Gewerb (communem negotiationem) treiben, so stehen sie deswegen noch keineswegs in einer communione bonorum generali; denn ihre negotiatio communis gründet sich blos auf eine tacita societas: dagegen setzt die communio bonornm generalis nach Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 32 ein besonderes und ausdrückliches Geding voraus, indem die baierischen Gesetze keine communionem bonorum generalem tacitam gelten lassen.

Sollte nun der Sinn des §. 6. Nr. 4 dahin erklärt werden, daß die Ehefrau, welche an dem gemeinsamen Gewerbe Theil nimmt, in der Gant ihres Ehemannes ihr Vor- und Unterpfandsrecht schlechterdings gegen alle Creditores ihres Ehemannes verliere, so müßte sie alle Schulden ihres Ehemannes, ohne Unterschied der bloßen Gewerbs- oder anderer Nichtgewerbsschulden bezahlen.

Nach den angeführten Gesetzen haftet aber die Ehefrau für die unbedingte Bezahlung aller Schulden des Ehemannes nur in dem Falle, wenn eine communio bonorum generalis besonders und ausdrücklich paktirt wurde. Ist nun diese nicht paktirt, so kann die Ehefrau nur wegen den Schulden ex tacita societate des gemeinsamen Gewerbes in Anspruch genommen werden. Daß aber bei allen den, §. 4. Beispielsweise angeführten gemeinsamen Gewerben, z. B. Metzger, Bräuer, keine communio bonorum generalis gesetzlich angenommen werden dürfe, (wenn nicht ein ausdrückliches pactum vorliegt) sondern daß zwischen den Eheleuten dieser angeführten gemeinsamen Gewerbe nur die in Baiern bei allen Eheleuten ohne Unterschied landesübliche communio bonorum particularis, welche sich blos auf die Hochzeitgeschenke, dann auf die gemein vermischte Hausfahrniß und die Errungenschaft bezieht, gesetzlich anzunehmen sey, spricht das neue baier. Landrecht Cod. civ. 1 Th. 6 Kap. §. 32. A Not. deutlich aus.

Wenn wir nun die Gesetzesstelle Cod. jud. Cap. 20. §. 6. Nr. 4. noch einmal nachlesen, und jedes Wort mit dem aus den übrigen Civilgesetzesstellen geschöpften wahren Sinne genau abwiegen, so finden wir, daß der Legislator in diese dunkle Stelle keinen andern Sinn, als den angeführten, hineinlegen wollte; denn der geflissentlich gewählte Ausdruck: „Kann sich keine Ehefrau des Vor- und Unterpfandrechtes bedienen“ enthält keineswegs den Begriff eines absoluten Ausschlusses, da man sich nach der gemeinen Redensart oft dessen nicht

bedienen kann, was man wirklich besitzt. Ferner bezieht der Legislator diesen beschränkenden Fall (das sich nicht bedienen können) auf das gemeinsame Gewerbe als Regel. Dann stellt er die Creditores (gleichsam als Ausnahme von den Creditoren im allgemeinen) dem offenen Marktsitzen, oder gemeinsamen Gewerbe gegenüber, deren Zusammenstellung uns den Begriff der gemeinen Gewerbs-Creditoren giebt. Da endlich die als bloße Beispiele aufgeführten gemeinsamen Gewerbe z. B. Metzger, Bäcker ꝛc. auch eine Menge anderer einschließt, wie uns die verschiedene Enumeration, (bei Zusammenstellung des alten Landrechtes von 1616 mit dem neuen baier. Civilgesetzbuch und besonders mit den Noten bewährt, sohin durch diese Enumeration das Rechtsgebiet der gemeinsamen Gewerbe nichts weniger als geschlossen ist, so finden wir bei allen ähnlichen Gewerben den allgemein gesetzlichen Anhaltspunkt blos in dem Begriff des gemeinsamen Gewerbes, und dieser Anhaltspunkt hat auch die erwähnte Gesetzesstelle §. 6. Nro. 4. deutlich in den Worten ausgesprochen, „mithin im gemeinsamen Gewerb besteht.“ Da also das gemeinsame Gewerb der rechtliche Maasstab zur Beurtheilung der Rechtsbeschränkungen der Ehefrauen ist, so kann auch ihre Haftung und Verbindlichkeit nicht über die Sphäre der rechtlichen Natur des gemeinsamen Gewerbes hinausgerückt werden, und so folgt mit strenger Konsequenz, daß die Ehefrau für nichts weiter, als für die gemeinsamen Gewerbsschulden hafte; daß sie also bei jeder Gant ihr Vor- und Unterpfandsrecht hat; daß sie sich aber derselben nur gegen die

gemeinsamen Gewerbskreditoren in dem Falle nicht bedienen kann, wenn sie in dem gemeinsamen Gewerbtreiben durch offenes Marktsitzen, Wirth- Gastschafthalten sohin per factum wirklich Antheil genommen hat.

2) Daß Baron v. Kreittmayr, vielmehr der Legislator der angeführten Gesetzesstelle Cod. jud. Cap. 6. §. 4. den bisher erklärten Sinn der ausdrücklichen Beschränkung der eheweiblichen Vorzugs- und Unterpfandsrechte auf die gemeinsamen Gewerbscreditoren wirklich und keinen andern abweichenden Begriff unterlegte, bewährt derselbe in den Noten ad Cod. jud. Kap. 20. §. 6. litt. d. wo er die communis negotiatio als den Maasstab der rechtlichen Beurtheilung, und zwar nach gleichem Gewinn, ausser dessen die Haftung sogar nur pro rata ausspricht, und sich nicht nur auf die generalis fere Germaniae consuetudo beruft, sondern an das alte Landrecht und an die Autoren appellirt, welche, wie wir uns aus ihren oben angeführten Stellen überzeugten, den wahren Sinn des Gesetzes, wegen Beschränkung des eheweiblichen Vorzugsrechtes in Ganten, ausser Zweifel setzen. Hätte nun der Legislator in §. 6. Nro. 4. eine den gemeinen und alten baierischen Rechten ganz widersprechende, und davon abweichende Gesetzesnorm festsetzen wollen, so hätte er sich mit dem neuen baier. Landrechte Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 32. nicht nur allein in einen offenbaren, die Gesetze verwirrenden Widerspruch verwickelt, sondern die Noten ad Cod. jud. Cap. 20. §. 6. litt. d. sprächen ganz das Gegentheil von dem Grund-

texte; und Baron v. Kreittmayr gesteht doch selbst am Ende in seiner Vorrede zu den Noten, daß, weil der neue Codex judiciarius nur pro lege nicht aber pro instructione et doctrina geschrieben, und eben deswegen oft mit einem einzigen Worte gar vieles gesagt und decidirt wurde, er für nöthig fand, in den Annotationen sich weiter auszubreiten, und den Text zu beleuchten. Zudem erklärt Baron v. Kreittmayr in den Vorreden zu den neuen Gesetzbüchern ausdrücklich, daß das ältere Landrecht von 1616 als die Quelle des neuen Landrechtes ein nothwendiger, und der allerbeste Kommentar sey; weil aus dem jure antiquo das jus novum seinen Ursprung erhalten hat.

In diesem Geständnisse scheint die Rechtfertigung für so manche dunkle Stelle zu liegen; es erhellet aber auch die dringende Nothwendigkeit, den oft zu dunkeln und zweifelhaften Sinn der zu gedrängt hingestellten Gesetzesstellen mit den Anmerkungen, und dem alten Landrechte zu vergleichen, um den wahren Geist des Gesetzes aufzufinden und anzuwenden.

Endlich bemerkt Baron v. Kreittmayr bei jeder Gesetzesstelle in den Anmerkungen ausdrücklich, wann er von dem gemeinen, dem römischen oder dem ältern Landrechte abwich. In diesem Falle beruft er sich aber ausdrücklich auf dieselben, folglich hat er auch den Sinn derselben beibehalten. Einen offenbaren Beweis für meine Behauptung finden wir in notis Cod. civ. 3r Theil, Kap. 8. §. 6. Nr. 6. über die Berichtigung eines Druckfehlers in dem Grundtexte,

wobei Baron von Kreittmayr ausdrücklich erklärt, daß auch dort niemals die Meynung war, das jus commune aufzuheben.

§. 3.

Da also die Ehefrau, welche an dem gemeinsamen Gewerb Antheil nahm, nach dem wahren Sinne der baier. Rechte nur denjenigen Gläubigern und für diejenigen Schulden haftet, welche auf das gemeinsame Gewerb Bezug haben, keineswegs aber mit ihren Vor- und Unterpfandsrechten den übrigen Gläubigern und Schulden des Ehemannes verbindlich ist, so folgt, daß bei dieser verschiedenen Qualität der eingeklagten Schulden in dem Prioritätsurtheile der Ehefrau verschiedene Vorzugs- und Unterpfandsrechte in der von dem Gesetze ausgesprochenen Klasse aufgeführt, zugleich aber denselben das Urtheil wegen Befriedigung aller jener speciel auszuscheidenden und anzuführenden Gläubiger und Schuldposten beigefügt werde, welche unmittelbar von dem gemeinsamen Gewerbe herrühren und als solche in Anspruch genommen und bewiesen werden; gegen welche also die Ehefrau nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. des Vor- und Unterpfandrechtes sich nicht mehr bedienen kann.

§. 4.

Nachdem aber die Ehefrau nach den angeführten Gesetzen a) nur für die Schulden des gemeinsamen Gewerbes, und b) nur unter der Bedingung ihrer daran gehabten Antheilnehmung haften muß, sohin in der Gant ihrer

Vorzugs- und Unterpfandsrechte sich nicht bedienen kann; so fragt sich, wie der Beweis müsse geführt werden, oder

1) Worin der eigentliche Charakter oder die unterscheidenden Merkmale der Schulden bestehen, welche von dem gemeinsamen Gewerbe herrühren? und

2) Aus welchen Handlungen auf die wirkliche Antheilnahme der Ehefrau an dem gemeinsamen Gewerbe so richtig könne geschlossen werden, daß nach den Foderungen des Cod. civ. bav. 4r Th. Kap. 8. §. 2. aus den, den Willen zur Theilnahme aussprechenden Handlungen eine tacita societas in Betreibung des gemeinsamen Gewerbes als gesetzlich bestehend dürfe angenommen werden?

Ad 1) In dem bürgerlichen Leben stellen wir den allgemeinen Begriffen des debitum (Schuldigkeit im allgemeinen Sinne) und der solutio (Entrichtung der Schuldigkeit nach Cod. civ. 4r Th. Kap. 14. §. 1.) den besondern Begriff des so häufig vorkommenden Geldmutuums unter dem gewöhnlichen Ausdrucke: „Schuldsache" unter; und nach diesem Sinne erklärt das baier. Landrecht Cod. civ. 1ter Th. Kap. 6. §. 33. Nr. 2. die Verschreibung der Ehefrau für ihren Ehemann unter dem Ausdrucke zumal in Schulden für nichtig, es sey dann das entnommene Geld zu ihrem Nutzen verwendet, oder von selber auf ihre Freiheiten nach §. 34. rechtsförmig verzichtet worden.

Eine Schuldigkeit, und die damit verbundene Entrichtung derselben in Bezug auf das gemeinsame Gewerb kann aber die Ehefrau sich zuziehen, a) durch eigene und fremde Handlungen, Kontrakte, Dienstleistungen, b) durch Erhaltung von Sachen, Waaren, und insbesondere c) durch Gelddarlehen zur Erhaltung oder zum Betrieb des gemeinsamen Gewerbes. Bei den Gelddarlehen hingegen zeigt sich der Charakter der Schuld zum Behufe des gemeinsamen Gewerbes oft dunkel, und beruht nicht selten auf dem Beweise der versio in rem, oder der Verwendung zum gemeinsamen Handwerk. Dagegen spricht sich der Charakter der gemeinsamen Gewerbsschuld leichter in den andern Handlungen, Dienstleistungen, Reichung von Waaren zum gemeinsamen Gewerbe aus, und ist oft der Beweis schon in der Sache selbst enthalten, wenn nur die Reichung der Sache, oder die Handlung bewiesen, oder eingestanden ist, z. B. in den Wechselbriefen für Waaren, oder Merkantilschulden ꝛc.

Da also die Schuld blos in Beziehung auf das gemeinsame Gewerb die Verbindlichkeit zur Entrichtung für die Ehefrau begründet, dagegen in den Gelddarlehen dieser gesetzlichen Foderung ohne des Beweises der versio in rem (in das gemeinsame Gewerb) oft nicht genügt werden kann, so löset sich der Zweifel derjenigen Rechtsgelehrten, „ob die förmliche Verzichtleistung in Gelddarlehen auch bei denjenigen Ehefrauen nöthig sey, welche in die Klasse der gemeinsam Gewerbtreibenden zu zählen sind,“ dadurch, daß diese förmliche Verzichtleistung um so mehr eine

sehr räthliche Maasregel ist, als ausser dessen bei dem erfolgenden Widerspruch der Ehefrau, der Beweis sowohl über die geschehene Verwendung des Gelddarlehens in das gemeinsame Handwerk, als auch, daß die widersprechende Ehefrau wirklichen Antheil an dem gemeinsamen Gewerbe genommen habe, ein oft schwerer Beweis ist, dessen man aber durch die fömliche Verzichtleistung der Ehefrau auf ihre Freiheiten überhoben wird.

Ad 2) Der Beweis über die wirkliche Antheilnahme der Ehefrau gründet sich nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. auf die Thatsache, daß die Ehefrau zu offenem Kram oder Markt sitzt, oder das gemeinsame Handwerk, welches meistentheils im Kaufen und Verkaufen besteht, selbst mittreibt.

Es muß also die wahre Eigenschaft der Handelsfrau bewiesen werden, und es genügt die Eigenschaft der bloßen Ehefrau eines Handelsmannes keineswegs, wenn sie gleich ihrem Ehemanne hie und da beim Kauf oder Verkauf Hülfe leistet. Die gesetzlichen Merkmale einer Handelsfrau oder Gewerbsfrau sind also die, daß sie mit dem Mann gemeinsame Handthierung und Gewerb treibe, also gewerbmäßig treibe, daß sie zu offenem Kramladen oder Markt sitze, Geld einnehme oder ausbezahle, Zettel unterschreibe, oder mit ihrem Ehemanne Wirth- oder Gastschaft treibe, &c.

§. 5.

Eine allerdings wichtige Frage ist aber diese:

Muß nicht die Ehefrau mit allen ihren Rechten für die Schulden des Ehemannes ohne Unterschied in dem Falle haften, wenn ihr in dem Heirathsbriefe nach der gewöhnlichen Gerichtspraxis von dem Hofs= oder das Vermögen besitzenden künftigen Ehemanne für das hineingebrachte Heirathgut das ganze liegende und fahrende Anwesen als Widerlage in der Art anverheirathet wird, daß sie mit ihm vom Hochzeittage an gemeinschaftliche Eigenthümerin und Besitzerinn derselben seyn soll.?

Die Beantwortung dieser Frage, ob man nämlich aus dieser Anheirathung des liegenden und fahrenden Vermögens auf so eine communio bonorum gesetzlich schliessen könne, daß die Ehefrau für alle Schulden ihres Ehemannes ohne Unterschied den Gläubigern im Universalkonkurse des letztern haften müsse, (wie ich diese ganz unbedenklich scheinende Ausschliessung schon in sehr vielen Prioritätsurtheilen zum Nachtheile der Ehefrauen gelesen habe) hängt ganz von der richtigen Auseinandersetzung des Begriffes der Communio bonorum generalis und particularis ab.

Da nun die Communio bonorum generalis in Baiern nach Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 32. durch besondere und ausdrückliche Geding festgesetzt, und auf alle, sowohl gegenwärtige als zukünftige Güter sich erstrecken muß; der befragliche Heirathskontrakt aber nur das gegenwärtige Object des Vermögens umfaßt, der zukünftigen Güter hingegen, z. B. der zufallenden Erbschaften, Legaten rc.

nicht erwähnt, so erhellt ganz klar, daß im vorliegenden Fall keine Communio bonorum generalis paktirt wurde, und die rechtliche Folge ist diese, daß die Ehefrau keineswegs zur unbedingten Haftung der Schulden des Ehemanns ohne allen Unterschied und ohne Beziehung auf das angeheirathete Anwesen als objectum communionis particularis angehalten werden könne; weil der paktirte Besitz und das Eigenthum eines gegenwärtigen Anwesens den gesetzlichen Begriff der Communionis bonorum generalis, nämlich der bonorum omnium tam praesentium, quam futurorum, acquisitorum et acquirendorum, sive ex industria provenientium, sive ex prospera fortuna, sive ex contractibus, sive ex ultimis voluntatibus - communium *) nicht umfaßt.

Es können also hier blos die Gesetze der stipulirten communio particularis nach gleichem Gewinn und Verlust in Anwendung gebracht werden, und die Ehefrau haftet z. B. in dem Falle nicht, wenn der Ehemann fremde Bürgschaft über sich genommen hat, rc.

§. 6.

Die Ehefrau kann sich ferner nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. der Vor- und Unterpfandsrechte gegen die Konkursgläubiger nicht bedienen, wenn sie sich in rechtsbehöriger Form nach Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 34. entweder als Princi-

---

*) Baron Schmid ad Stat. Bav. T. 1. Art. 10. Nr. 6. wo die Stellen von Paulus und Ulpian über den Begriff der societas universalis citirt sind.

palschuldnerinn mitverschreibt oder gutsteht, und sich anbei ihrer weiblichen Freiheiten begiebt; welchenfalls sie jedoch nur jenen creditoribus in executione auszuweichen hat, zu deren favor die Renunciation geschehen ist.

Da die Ehefrau nur jenen Gläubigern in executione auszuweichen hat, zu deren favor sie Verzicht geleistet hat; so frägt sich, in welche Klasse dieselbe mit ihren Vorzugs- und Unterpfandsrechten in dem Prioritätsurtheile eingereiht werden müße?

In diesem Falle habe ich folgende praktische Anwendung des Gesetzes gesehen.

1) Einige verstehen den Sinn des Gesetzes so, daß die Ehefrau denjenigen Gläubigern, zu deren favor sie renuncirt hat, in der 5ten Klasse mit dem Heirathgut, und in den übrigen Klassen mit den Paraphernalgütern blos nachstehe und ausweiche; und lassen daher die Ehefrau mit ihrem Heirathgut in der 5ten Klasse diesen Gläubigern unmittelbar folgen. Allein diese falsche Anwendung des Gesetzes ist den ältern Hipothekgläubigern in der 8ten Klasse, zu deren favor die Ehefrau mit ihrem ältern Heirathgut nicht renuncirte, zum größten Nachtheil; weil die Ehefrau vor ihnen ihr ganzes Heirathgut noch aus der Masse heraus erhalten und dieselbe erschöpfen kann. Z. B. Die Gantmasse betrage nach Abzug der Gerichts- und Curatoreikosten 1200 fl., auf welche die Ehefrau mit 600 fl. Heirathgut, ein späterer Gläubiger mit einer ausdrücklichen Hipothekpost von 600 fl., und ein jüngerer Hipo-

thekgläubiger ebenfalls mit 600 fl. Anspruch machen, für welch letztern und zugleich jüngern Gläubiger aber die Ehefrau mit ihrem Vorzugs- und Unterpfandsrechte förmlich verzichtet hat.

Setzen wir nun nach obigem Grundsatze den jüngern Gläubiger, zu dessen favor renuncirt wurde, mit seiner Foderung von 600 fl. in die 5te Klasse, und nach dieser Post das Heirathgut mit ebenfalls 600 fl. in die ihm gesetzlich gebührende 5te Klasse, so erschöpfen diese beiden Posten die ganze Gantmasse, und der ältere Hipothekgläubiger fällt in der 8ten Klasse ganz durch, statt daß demselben seine 600 fl. hätten zuerkannt werden sollen; weil die Ehefrau mit ihren renuncirten 600 fl. für die 600 fl. des jüngern Hipothekgläubigers haften, sohin mit dem Heirathgut dieselben bezahlen muß.

2) Andere setzen die Gläubiger, zu deren Gunsten renuncirt wurde, an die Stelle des Heirathgutes, und die Ehefrau mit der verzichteten Summe an die Stelle der Gläubiger nach der denselben gesetzlich gebührenden Klasse; allein diese Theilung der verschiedenen Foderungssummen macht den richterlichen Vortrag in dem Prioritätsurtheile dunkel und erzeugt Verwirrung.

Da sich das Prioritätsurtheil über alle möglichen Ansprüche ausbreiten muß, welche die Gläubiger sowohl gegen die Kommunschulden selbst, als einzeln einer gegen den andern macht, so liegt es in der gesetzlichen Natur der Sache, daß die Ehefrau mit ihrem Heirathgut in der 5ten Klasse aufgeführt, zugleich aber alle Schuldposten beigefügt werden, welche sie wegen geschehener Renun-

ciation von der ihr zuerkannten Heirathssumme zu befriedigen hat; welche Summe also vom Heirathgut abgeschlagen, der Rest aber des allenfalls mehr betragenden Heirathguts der Ehefrau in der 5ten Klasse und in der Exekution noch unangetastet bleibt. Nichtsdestoweniger müssen alle Gläubiger, zu deren favor renuncirt wurde, in den ihnen gesetzlich nach dem Vorzug und Alter gebührenden Klassen wie die übrigen Gläubiger eingereiht werden; es wird aber jeder dergleichen Post in dem Prioritätsurtheile beigefügt, daß die Ehefrau mit ihrer verzichteten Antheilssumme nach dem Quantumsbetrage an die Stelle dieser Post eintrette.

§. 7.

Die Ehefrau kann sich auch ihrer Vor- und Unterpfandrechte in dem Falle nicht bedienen, wenn sie nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. etwan selbst kündig- oder erweislichermassen an des Mannes Verderben und Schuldenlast durch üble Hauswirthschaft Schuld trägt.

Diese Gesetzesstelle findet sich nicht in dem alten baier. Landrechte von 1616, wohl aber in dem Kommentar des Baron Schmid ad Edict. Process. T. 2. Art. 11. Nr. 21. welcher sagt: „tertius casus est, quando probari potest, quod maritus culpa uxoris, utpote ob luxuriam ejus, sumptuositatem, aut prodigalem rei familiaris administrationem ad inopiam pervenerit.“

Es frägt sich also, was nach unsern Gesetzen dazu gehöre, um eine Ehefrau einer übeln

Hauswirthschaft beschuldigen zu können, und wie der Beweis geführet werden müsse?

Eine Ehefrau, sagt Pfizer, kann die Pflichten, welche sie als Ehefrau hat, auf eine doppelte Art vernachläßigen, theils durch Nichthandeln, theils durch Handeln. Sie hat nämlich die Verbindlichkeit auf sich, zum Besten der gemeinschaftlichen Haushaltung zu arbeiten, und für die Erhaltung des gemeinschaftlichen Vermögens zu sorgen. Unterläßt sie dieß, so hat es keinen Zweifel, daß ihr diese Unterlassung zur Last fällt. Hingegen der Grad der Zurechnung läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen. Er muß nach den Verhältnissen der Eheleute, nach ihrem Stande, nach ihrem Vermögen, und nach der daher entstehenden größern oder geringern Verbindlichkeit bestimmt werden. Eben so sehr, oder noch mehr kann die Ehefrau durch Handeln zum Vermögensverfall beigetragen haben, z. B. durch Uebermaaß im Essen und Trinken, durch Verschwendung in der Haushaltung, in Kleidern, durch Wohlleben, Spielen, durch Ausschweifungen mit dem andern Geschlechte, besonders aber durch Trunkenheit.

Diese Schuld an der übeln Hauswirthschaft muß nach §. 6. Nr. 4. kundig seyn, oder bewiesen werden.

Was nach Cod. jud. Kap. 12. §. 5. bei Gericht schon vorhin legaliter bekannt und noto-

---

*) Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber, 2r Band §. 142 S. 181.

risch ist, darf nicht mehr weiter erwiesen, sondern nur allegirt werden. Wenn nun der Ehemann vor der Gant sein liederliches Eheweib wegen Schuldenmachen rc. zu Gericht citiren ließ, wie dieß so häufig zu geschehen pflegt, kann sich allerdings auf diese Verhandlungen berufen werden. Da aber sonst der Beweis wegen der übeln Hauswirthschaft oft schwer wird, weil dergleichen Handlungen gewöhnlich innerhalb des Familienzirkels vor sich gehen, und der Mann überdieß wegen Erhaltung der Vorzugsrechte seiner Ehefrau interessirt ist, und es seyn muß; so können zur Herstellung dieses harten Beweises nach Cod. jud. Kap. 10. §. 11. auch nahe Anverwandte der Gläubiger, Hausgenossen zugelassen und dem Aufführungszeugniß der Ortsobrigkeit Gewicht gegeben werden. Ueberhaupt aber genügt die allgemeine Deposition oder ein allgemeines Zeugniß nicht, sondern es müssen mehrere, besonders Handlungen und Vorfälle, aus welchen jene Verschwendung erhellt, bewiesen werden, z. B. daß sie durch kostbare, ihrem Stande nicht gemäße, oder zu viele Kleidung, Schmausereien, Spiele, unnütze Geschenke, Volltrinken, nachläßige Führung der Haushaltung, durch zu ennumerirende Thatsachen rc. den Vermögensverfall beträchtlich vermehrt habe.

§. 8.

Der vierte und letzte Fall, in welchem die Ehefrau der Vor- und Unterpfandsrechte, nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. sich nicht bedienen kann, ist der, wenn die wirkliche Illation des prätendirten Heirathguts, oder der

Paraphernalien rechtsbehörig nicht erwiesen werden kann. Wie der Beweis nach Vorschrift der Gesetze geführt werden müsse, ist bereits oben angeführt worden.

§. 9.

Aus dieser Beleuchtung der Gesetzesstelle Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 4. folgt also, daß diese Stelle nicht nach dem blossen Buchstaben dürfe angewendet werden, sondern daß nach dem wahren Sinn und Geiste dieser Gesetzesstelle die Ehefrau im angeführten 1sten Falle ebenso ex tacita societate oder renunciatione tacita nur den Gläubigern des gemeinsamen Gewerbes mit ihrem Vor- und Unterpfandsrechte haftet, wie sie im 2ten angeführten Falle ex renunciatione expressa nur jenen Creditoribus ausweicht, zu deren favor die renunciatio expressa geschehen ist; mit dem wesentlichen Unterschiede jedoch, daß sie die Gläubiger des gemeinsamen Gewerbes in solidum bezahlen muß, ohne daß sie in den Platz derselben eintritt, dagegen aber die andern Ehefrauen, welche kein gemeinsames Gewerb treiben, ungeachtet ihrer renuntiatio expressa in die Stelle derjenigen Gläubiger eintretten, zu deren favor sie renuncirt haben.

§. 10.

Endlich frägt sich noch, ob nicht nach der Meinung vieler bewährter Rechtsgelehrten das allgemeine Wohl des Staates eine Beschränkung der bisherigen Vorrechte der Ehefrauen in Gantfällen bei einer künftigen Revision räthlich mache?

Ich halte die gesetzliche Bestimmung dieser Vorrechte der Ehefrauen für das Produkt einer weisen Legislation, und stimme für die Beibehaltung derselben; weil einestheils dem Staate an der Erhaltung der schuldlosen Ehegattinn und ihrer Kinder wesentlich liegt, anderntheils aber die Gläubiger sich selbst die nöthige Sicherheit verschaffen können, wenn sie auf die rechtsförmliche Verzicht der Ehefrauen bei jedem Gelddarlehen dringen; die Merkantil- und Gewerbs- so wie die mit unterschriebenen Wechselbriefsschulden endlich der an dem gemeinsamen Gewerbe theilnehmenden Ehefrau ohnehin in solidum mit dem Ehemanne zur Last fallen. Wechselordnug §. 3. Seite 13. litt. g.

II.

Welche Rechte, haben die Kinder, rücksichtlich der Foderungen in ihrem eigenen, dann im Namen ihrer verstorbenen Mutter bei einem Gantprocesse über das Vermögen ihres Vaters: und welche Rechte haben die weitern Erben im Konkursprocesse des Ehemannes auf das ererbte Vermögen der Ehegattinn?

I.

Treten die Kinder mit den Foderungen des peculium castrense, vel quasi castrense, oder des peculium adventitium auf, so gebührt denselben

1) das jus separationis ex jure dominii in dem Falle, wenn das peculium noch wirklich in natura et specie vorhanden ist.

Ist aber

2) das peculium nicht mehr in natura et specie vorhanden, sondern durch die schlechte Administration des Vaters konsumirt worden, so sollte man glauben, daß die Kinder, wenn der Vater die Verwaltung des peculium während ihrer Minderjährigkeit führte, wegen des konsumirten peculium bei der väterlichen Gantmasse auf die 6te Klasse nach Cod. jud. Kap. 20. §. 7 Anspruch machen dürften, welche Gesetzesstelle den Minderjährigen in dem Vermögen ihrer Verwalter eine stillschweigende Vorzugshipothek einräumt. Dieser Schluß scheint um so unbedenklicher gemacht werden zu dürfen, als die Gesetze den ehelichen Kindern vorzugsweise sogar privilegia dotis personalissima in der 5ten Klasse nach Cod. jud. Kap. 20. §. 14. Nro. 11. zugestehen, und sichs hier keineswegs von dem mütterlichen Heirathgut, sondern von dem selbst erworbenen Eigenthume der Kinder spricht. Allein der in den positiven Rechten sich so oft dokumentirende Erfahrungssatz: stat pro ratione et lege voluntas, spricht sich hier recht deutlich aus, indem weder das gemeine noch das baierische Recht den Kindern in Hinsicht der konsumirten adventitia, welche nicht materni generis sind, nicht nur keine Hipothek einräumt, sondern sie mit diesen konsumirten adventitiis unter die Kurrentgläubiger verweiset.

Die Gesetzesstellen, welche diese sonderbare Bestimmung aussprechen, sind folgende:

1. Die Stelle Cod. civ. 2. Th. 6. Kap. §. 4, nach welcher ein pignus expressum auf

den ausdrücklich determinirten Fällen des Debitors, ein legale et tacitum pignus aber auf der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes beruht. Wir finden aber in Hinsicht der Peculien keine ausdrückliche Hipothekbestimmung der Gesetze, und deßwegen sagt Baron v. Kreittmayr in den Annot. zum Judiciarcodex Kap. 20. §. 10. litt. e. „Wegen anderer von „dem Vater konsumirter Adventitiorum, wel„che nicht materni generis sind, haben die „Kinder keine hipothecam tacitam, wo es nicht „durch besondere statuta also hergebracht „ist,“ und beruft sich auf Leyser und Lauterbach.

In den Annotationen zum Civilkodex 1r Th. Kap. 5. §. 5. erklärt sich Baron v. Kreittmayr über diese Stelle deutlicher, indem er sagt:

„Gleichwie aber gegenwärtige Verwaltung, „welche der Vater vi patriae potestatis in bo„nis liberorum führt, von der vormundschaftli„chen weit differirt, so haben sich auch die Kin„der in bonis paternis derjenigen Hipothek nicht „zu erfreuen, welche sonst den Pflegkindern in „bonis tutorum vel curatorum zu Gunsten „kommt, sondern sie müssen sich ratione bono„rum maternorum mit der achten Stelle in „concursu befriedigen. Cod. jud. Kap. 20. §. „10. Nr. 4. Und soviel die übrigen bona „adventitia betrift, kommen solche al„lenfalls gar (wenn sie in natura et spe„cie nicht mehr vorhanden sind) unter die „currentes; weil die Hipotheken strictissi„mae interpretationis sind. Pars 2. Cap. 6. „§. 4. mithin sich a bonis maternis auf andere „bona in diesem Stücke nicht argumentiren läßt.“

3) Endlich geschieht es in dem praktischen Geschäftsleben häufig, daß von dem bereits ausgezeigten und hinausbezahlten Muttergute mit Bewilligung der ad hunc actum specialem verpflichteten Vormünder der Kinder ein Geldkapital als Darlehen in das väterliche Anwesen wieder hineingegeben, und hierum eine ausdrückliche Hipothek in dem väterlichen Vermögen für die Kinder konstituirt wird. In diesem Falle geniessen die Kinder gleich andern Hipotheksgläubigern die gesetzliche Hipothek und die allenfallsige Prälation.

II.

Im Namen der verstorbenen Mutter

treten die Kinder

1) in Ansehung des Heirathguts, in dem privilegium personalissimum ihrer eheleiblichen Mutter in der 5ten Klasse auf, und zwar nach Cod. jud. Cap. 20. §. 14. Nr. 11. et Not. Litt. b. mit der Beschränkung, daß wenn z. B. eine Frau Kinder aus zweierlei Ehen erzeugt, und der Ehemann letzterer Ehe auf die Gant kömmt, das privilegium dotis sich auch nur auf die Kinder der letztern Ehe erstrecke, ungeachtet sie mit den Kindern erster Ehe gleiche Erben sind.

2) Ferners können die eheleiblichen Kinder nicht nur das in natura et specie vorhandene Heirathgut, sondern nach der Erklärung der Annot. Kap. 20. §. 10. litt. e. jedes noch in natura et specie vorhandene Muttergut, es

mag Paraphernal oder Receptizgut seyn, jure dominii et separationis in Anspruch nehmen.

3) In Ansehung der Mutter- und mütterlicherseits herrührenden Güter aber weiset das Gesetz Cod. jud. Kap. 20. §. 10. Nr. 4. denselben in der 8ten Klasse eine stillschweigende Hipothek a die susceptae vel a patre saltem suscipiendae administrationis, in dem väterlichen Vermögen an, welcher Zeitpunkt durch die vorhandenen Pakten, oder Verlassenschaftsacten nachgewiesen werden kann.

Hier muß aber noch einmal bemerkt werden, daß das konsumirte Heirathgut nicht die erwähnte Stelle in der 8ten Klasse Nr. 4. erhalte, sondern nach Cod. jud. Kap. 20. §. 14. Nr. 11. privilegia dotis ex speciali concessione legis in der 5ten Klasse in Ansehung der Kinder aus der nämlichen Ehe geniesse.

Welche Güter aber unter das Heirathgut, oder die Paraphernal- oder Receptizgüter gezählt werden, und wie sie in dem Gantprozeß nachgewiesen werden müssen, hierüber berufe ich mich auf die ausführliche Darstellung, welche in der vorhergehenden 1sten Abhandlung „Ueber die Rechte der Ehefrau bei dem Gantproceße über das Vermögen ihres Ehemannes enthalten ist. Uebrigens versteht sich von selbst, daß die Kinder, als Erben der Mutter, active et passive in die Rechte und Verbindlichkeiten derselben treten, sohin gleich der Mutter, den Gläubigern allenfalls Rede und Antwort zu geben haben.

III.

Welche Rechte haben aber die übrigen nächsten Erben der Ehefrau auf das Heirathgut und die Paraphernalgüter derselben im Konkursprocesse über das Vermögen des Ehemannes, wenn die Erben gleich keine eheleiblichen Kinder, aber keine Heirathspakten vorhanden sind, und der Ehemann auf die Gant kommt?

Man unterscheide das jus hipothecae, welches als ein reale mehr der Sache als der Person anhängt, sohin auf des Gläubigers Erben, Cessionarios und successores quoscunque sich erstreckt, von den blos den Personen anhängenden privilegiis personalissimis.

Unter die letztern (privilegia personalissima,) jedoch mit Einschluß der eheleiblichen Kinder, bestimmt das Gesetz Cod. jud. Kap. 20. §. 10.

a) das privilegium praelationis, welches die Ehefrau ihres Heirathguts halber in der 5ten Klasse zu geniessen hat.

b) Das Privilegium der minderjährigen Personen in der 6ten Klasse, und

c) das Privilegium in der 10ten Klasse.

Bei allen übrigen Hipotheken erstreckt sich regulariter das jus hipothecae nach Cod. jud. Kap. 20. §. 14. Nr. 9. auf alle Erben, Cessionarios und Nachkommen des Gläubigers.

Da nun das stillschweigende Unterpfand, welches die Ehefrau wegen ihrem eingebrachten Heirathgut auf ihres Mannes Vermögen erhält, blos die Ehefrau und ihre eheleiblichen Kinder vorzugsweise zur 5ten Klasse berechtigt; so folgt, daß die übrigen Erben das Heirathgut der verstorbenen Ehefrau in der 8ten Klasse unter den stillschweigenden Hipotheken, so wie die ohnehin mit einer stillschweigenden Hipothek gesetzlich bedachten Paraphernalgüter in der nämlichen Klasse beim Gantprocesse, und zwar in dem Falle nachsuchen müssen, wenn das Heirathgut oder die Paraphernalgüter nicht mehr in natura et specie vorhanden sind; denn sind sie noch in natura et specie vorhanden, so können sie jure dominii et separationis zurückgefodert werden, indem nach geschehener Erklärung über den Erbschaftsantritt die Erben nach Cod. civ. 3r Th. Kap. 1. §. 6. Nr. 1. durchaus die Person des Erblassers active et passive (jura personalissima ausgenommen) repräsentiren, und (Nr. 8.) als proprium haeredum patrimonium mit ihrem übrigen Vermögen vermischt wird. Inde hereditatis et legatorum dominium ipso jure transit, wenn gleich die possession durch die wirkliche Ergreifung noch nicht erlangt wurde.

Es wird also durch die bloße Erklärung der Erbschaftsantretung (wenn auch der Besitz noch nicht erfolgt ist) das Eigenthum aller und jeder zur Erbschaft gehörigen Sachen ipso jure erlangt (Nr. 4.) und wenn der Erbe nach dieser Erklärung über die Erbschaftsantretung stirbt, so fällt die angetretene Erbschaft auf seine hin-

terlassene Testaments- oder andere Erben, (Nr. 5.) wobei sichs ohnehin wieder versteht, daß wegen allenfallsiger Verbindlichkeiten, welche der Erbschaft ankleben, den Gläubigern Rede und Antwort zu geben ist.

III.

Ueber den eigentlichen Begriff des constitutum possessorium, und über die Wirkungen desselben, sowohl für den Käufer als für den Verkäufer.

Da in der verworrenen Materie des constitutum possessorium beinahe jeder Rechtsgelehrte einen andern Begriff aufstellt, und aus der Verschiedenheit des Begriffes, auch verschiedene, oft widersprechende Wirkungen abgeleitet werden; so müssen wir den eigentlichen Begriff in der ursprünglichen Gesetzesstelle selbst aufsuchen, um sonach die gesetzlichen Wirkungen bestimmen zu können.

Das constitutum possessorium hat nach den Rechtsgelehrten seinen vorzüglichen Sitz in l. 18. ff. de acquirenda vel amittenda possessione.

Die Stelle des Celsus l. 18 ist folgende: „Quod;[32] meo nomine possideo, possum [33] „alieno nomine possidere [34] nec enim muto „mihi causam possessionis, sed desino pos- „sidere, et alium possessorem ministerio „meo facio. Nec idem est, possidere, et „alieno nomine possidere. Nam possidet, „cujus nomine possidetur. Procurator alie- „nae possessioni praestat ministerium. §. 1. „Si furioso, quem suae mentis esse existi- „mas, eo quod forte in conspectu inumbra- „tae quietis fuit constitutus, rem tradideris: „licet ille non erit adeptus possessionem, „tu possidere desinis. Sufficit quippe dimit- „tere possessionem, etiam si non transferas. „Illud enim riduculum est, dicere, quod „non aliter vult quis dimittere, quam si „transferat: immo vult dimittere quia existi- „mat se transferre. §. 2. Si venditorem, „quod emerim, deponere in mea domo jus- „serim, possidere me certum est, quamquam „id nemo dum attigerit. Aut si vicinum „mihi fundum mercato venditor in mea tur- „re demonstret, vacuamque se possessionem „tradere dicat, non minus possidere caepi, „quam si pedem finibus intulissem. §. 3. Si „dum in alia parte fundi sum, alius quis „clam animo possessoris intraverit: non de- „sisse illico possidere existimandus sum, fa- „cile expulsurus finibus, simul (atque) sci-

Notae: 32. An et futura? immo videntur possideri. L. 1 in fine l. 2. l. 3. §. 1. supr. pro socio; idque communi opinione in praxi servatur. 34. Id est constituere, si ex solo constituto sine traditione adquiritur possessio.

„ero. §. 4. Rursus si cum magna vi ingres-
„sus est exercitus, eam tantumodo partem,
„quam intraverit, obtinet.

Der eigentliche Begriff des constitutum possessorium, welcher mehr aus der Glosse 34, als aus dem Grundtexe selbst erhellt, ist also dieser: daß durch das bloße constitutum ohne wirklicher Uebergabe der Besitz übergetragen, sohin erlangt werde.

Es ist also das constitutum possessorium nach Leyser spec. 445., nach Lauterbach Colleg. Pandect. Lib. 41. Tit. 2. Nro. 16. und überhaupt nach dem jus auctoritativum nichts anders, als species fictae traditionis vel apprehensionis; indem sich der Besitzer anheischig macht, die Sache in Zukunft nicht mehr für sich, sondern für einen andern mit dessen Bewilligung behalten zu wollen. vid. Baron v. Kreittmayr Not. ad Cod civ. 2r Th. Kap. 5. §. 7. und die Menge der dort zitirten Rechtsgelehrten.

Ganz dem Sinne des römischen gemeinen Rechtes gemäß, bestimmt das baierische Civilgesetzbuch 2r Th. Kap. 5. §. 7. den Begriff des constitutum possessorium, indem es sagt: „constitutum possessorium wird genannt,
„wenn sich der Inhaber anheischig macht, die
„Sache hinfüro nicht mehr für sich, sondern für
„einen andern mit dessen Bewilligung behalten zu
„wollen: und richtet sich dasselbe lediglich nach
„der Natur des Hauptgeschäftes, wel-
„chem es beigefügt ist.“

Wir wissen, daß zur Erwerbung eines Eigenthumes zwei Stücke nöthig sind, nämlich: ein rechtmäßiger Titel (als Möglichkeit des Eigenthum=Erwerbes) und ein modus acquirendi, welch letzterer die Möglichkeit des Eigenthum=Erwerbes in Wirklichkeit verwandelt. Unter die modos acquirendi gehört auch die traditio ficta per constitutum possessorium.

Ob also durch das constitutum possessorium blos der Besitz, oder mit dem Besitze auch zugleich das Eigenthum übergetragen werde, hängt lediglich von der Natur, vielmehr von dem Titel ab, welcher dem Hauptgeschäfte oder dem Kontrakte zum Grunde liegt, dem es beigefügt wird. Konstituirt nämlich der Verkäufer nach erhaltenem Kaufschillinge dem Käufer, welcher den Besitz der erkauften Sache noch nicht ergreifen will oder kann, das (constitutum) possessorium, so wird durch dasselbe Eigenthum und Besitz zugleich übergetragen; weil der titulus emti die Möglichkeit des Eigenthum=Erwerbes enthält, und diese durch das constitutum possessorium als species fictae traditionis in Wirklichkeit umgewandelt wird, oder mit andern Worten, weil nebst dem Titel auch modus acquirendi vorhanden ist.

Räumt hingegen der Schuldner in der Verpfändungsurkunde dem Gläubiger das constitutum possessorium in dem Pfande ein, so wird nur der Besitz des Pfandes, aber nicht das Eigenthum desselben auf den Gläubiger übergetragen; weil der titulus pignoris et hi-

pothecae die Möglichkeit des Eigenthums auf das Pfand selbst nicht begründet, oder kein titulus habilis ad transferendum dominium ist, und nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 6. §. 10. Nr. 1. der Debitor, ungeachtet der Verpfändung, Eigenthümer von dem Pfande bleibt, indem der Pfandgläubiger nur ein jus reale a dominio distinctum ohne Unterschied, sowohl bei Hipotheken als bei Faustpfändern erhält, endlich eine Uebertragung des Eigenthumes vom Pfande ganz gegen die Natur des contractus mutui pignoris wäre.

Da also das constitutum possessorium an und für sich gar nichts anders, als eine species fictae traditionis ist, so kann es von jedem Kontrahenten, welcher den Besitz allein, oder Besitz und Eigenthum zugleich auf den andern Kontrahenten übertragen will, und nach den Gesetzen übertragen kann, statt der vera traditio gebraucht werden. Konstituirt also der Verkäufer nach empfangenem Kaufschillinge, oder nach den regulirten Zahlungsfristen dem Käufer das possessorium, so geht in diesem Falle nach Cod. civ. 4r Th. Kap. 3. §. 10. Nro. 6. Eigenthum und Besitz sogleich auf den Käufer über, ungeachtet letzterer noch nicht wirklichen Besitz genommen hat, und die gesetzliche Folge des constituum possessorium ist alsdann diese: daß

a) der Verkäufer die behaltene verkaufte Sache nicht mehr gültig an einen Andern verkaufen könne, wenn er sie demselben gleich wirklich extradirt; und

b) daß wenn über den Verkäufer mittlerweile der Konkurs verhängt würde, der Käufer in Hinsicht seiner erkauften, obgleich noch nicht in wirklichen Besitz genommenen Sache ex constituto possessorio et titulo emti das jus separationis in Anspruch zu nehmen befugt ist.

Ist hingegen der Kaufschilling an den Verkäufer nicht bezahlt, oder ist die Bezahlung nicht in Fristen bestimmt, so kann da durch das constitutum possessorium das Eigenthum auf den Käufer so wenig übergetragen werden, als durch die wirkliche Uebergabe. Cod. civ. 4r Th. Kap. 3. §. 10. Daher sagt Leyser spec. 445. §. 5. (Seite 73) ganz richtig: „constitutum possessorium dominium in emtorem, quamdiu is pretium non solvit, haud transfert,“ und führt hierüber einen Rechtsspruch mit Entscheidungsgründen an.

Aus dieser Abhandlung des Leyser sehen wir, daß auch der Verkäufer das constitutum possessorium dem Käufer einräumen könne: die tägliche Praxis überzeugt uns aber von den wohlthätigen Folgen dieses dem Käufer bei Kaufsverhandlungen eingeräumten constitutum possessorium, weil bei Güterkäufen der Käufer meistens erst lange Zeit nach abgeschlossener Kaufsverhandlung das erkaufte Gut beziehen kann, sohin die manchmal mit vielen Kösten und Unbequemlichkeiten verbundene wirkliche Besitzergreifung durch das einfache constitutum possessorium gesetzlich supplirt wird, welches den Käufer in den Stand setzt, neben den oben angeführten Vortheilen auch der possessorischen und petitorischen Rechtsmittel sich zu bedienen.

Die Gesetze drücken sich hierüber auf folgende Art aus: Caeterum constitutum non tantum operatur paratam executionem, verum etiam remedia legitima, sicque si e. g. venditor simpliciter constituat nomine emptoris possidere, emptor non ex contractu ad traditionem agere potest, sed rei vindicatione, Publiciana in rem actione, aut interdicto uti possidetis. Si fuerit spoliatus, vel constituens expellatur, constituario datur remedium recuperandae. Sin eadem res a Constituente in duos translata, ille, qui prius habet clausulam constituti, modo pretium solverit, praefertur, licet alteri realiter fuerit tradita.

Vid. Lauterbach Colleg. Pand. P. 3. L. 41. T. 2. Nro. 20. (Seite 202.) Cod. civ. bav. 2r Th. Kap. 5. §. 7. Nr. 3. und in den Anmerkungen.

Auch aus dieser angeführten Stelle sehen wir, daß der venditor dem emptor das possessorium zu konstituiren pflege, und wir haben uns bisher von den Vortheilen überzeugt, welche durch das constitutum possessorium dem Käufer zugehen.

Daher sagt Mascov in opusculis juridicis Seite 138 von dem constituto possessorio ganz richtig: Jureconsulti romani ad simplicitatem naturalem redierunt per constitutum possessorium, non insubtiliter quidem tamen, si exitum consideres, minus in rem vitae civilis. Haec enim tacita translatio dominii fraudibus viam sternit, quibus et

emtores, si pluribus res vendita, et creditores, si pluribus oppignorata, facile falli circumscribique possunt.

Nachdem wir bisher die Natur und die Wirkungen des constitutum possessorium zum Vortheile des Käufers und Gläubigers auseinander gesetzt haben; so wollen wir itzt zu der Untersuchung der gesetzlichen Wirkungen des constitutum possessorium zum Vortheile des Verkäufers hinübergehen.

Es kömmt bei den Kaufskontracten in dem gewöhnlichen Leben die Formel der Praxis: „wird von Seite des Verkäufers bis zur gänzlichen Kaufschillings-Erlage das constitutum possessorium auf dem verkauften Gute, Sache &c. vorbehalten" sehr häufig vor. Dieser Vorbehalt des constitutum possessorium hat die Reservirung des Eigenthumes und Besitzes für den Verkäufer zur Sicherheit der Kaufschillingsfristen zur Absicht.

Es frägt sich aber, ob diese Absicht des Verkäufers durch den Vorbehalt des constitutum possessorium jedesmal erreicht werden könne.

Es findet sich nicht wohl eine Rechtsmaterie, in welcher die Meynungen der Rechtsgelehrten so getheilt wären, wie in der Bestimmung der Wirkungen des constitutum possessorium für den Verkäufer. Daher räumen einige Rechtsgelehrte diesem Vorbehalte des constitutum possessorium nur das Recht eines Faustpfandes zur Sicherheit des Kaufschillings ein.

Andere lassen diesem Vorbehalt keine andere Wirkung zu, als die des Besitzes. Andere endlich geben dem Vorbehalte des constitutum possessorium gleiche Wirkungen wie der reservatio dominii et possessionis.

1) Vor allem erkläre ich mich entschieden gegen die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, welche dem Vorbehalt des constitutum possessorium ein Faustpfandrecht oder eine Hipothek einräumen wollen, weil nach dem Civilgesetzbuche 2r Th. Kap. 6. §. 4. die Hipotheken (und so auch die Faustpfänder) strictissimae interpretationis sind, und entweder ausdrücklich bedungen werden, oder durch die Gesetze selbst ausgesprochen seyn müssen. Dieß ist nun der Fall bei dem Vorbehalt des constitutum possessorium nicht, ausser bei dem mutuo pignore cum pacto constituti possessorii, wo jedoch ein ausdrücklicher Pfandkontrakt vorausgeht.

Ehe ich zur Beantwortung der Frage über die Wirkungen des constitutum possessorium hinübergehe, muß ich folgende Rechtssätze voraussetzen,

a) das Eigenthum der erkauften Sache kann neben dem vorausgegangenen titulum dominii translativum z. B. Tausch, Kauf, Darlehen, Schankung, nur durch die Uebergabe der erkauften Sache erlangt werden; weil der Konkurskontrakt an sich so wenig, als alle andere pacta et conventiones das dominium rei sine traditione transferiren kann.

L. 20. Cod. de Pact. Baier. Civilgesetzbuch 2r Th. Kap. 3. §. 7. und 4r Th. Kap. 3. §. 10. Nr. 6. und den Noten Nr. 3. Seite 1452. 1453.

b) Kann die Uebergabe der erkauften Sache weder ganz noch zum Theil andergestalt als gegen Erlage des paktirtrn Kaufschillings begehrt werden. Cod. civ. 4r Th. Kap. 3. §. 10. Nro. 5.

c) Erlangt der Käufer das Eigenthum der erkauften Sache durch die Uebergabe, wenn gleich der Kaufschilling nicht baar erlegt wurde, sondern wenn auf Borg gehandelt wurde, oder wenn Zahlungsfristen bewilliget, oder zur Versicherung des Kaufschillings Kaution, Bürgschaft, Hipotheken und Assignationen angenommen wurden, woraus also fides de pretio habita erscheint. Cod. civ. 4r Th. Kap. 3. §. 10. Nro. 6. und in den Annotat. Seite 1453.

Es kömmt also bei Bestimmung der gesetzlichen Wirkungen des constitutum possessorium darauf an,

a) Ob dieser Vorbehalt des constitutum possessorium zur Sicherheit der bedungenen Kaufschillingsfristen erst einige Zeit später bedungen wurde, als die wirkliche Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer geschehen ist.

In diesem Falle ist nach Cod. civ. 4r Th. Kap. 3. §. 10. Nr. 6. das Eigenthum der verkauften Sache durch die vorausgegangene unbedingte Uebergabe, ungeachtet der in

Fristen bestimmten Zahlung des Kaufschillings auf den Käufer hinübergegangen, und der erst einige Zeit später paktirte Vorbehalt des constitutum possessorium hat für den Verkäufer keine andere Wirkungen als die des Besitzes, welche in Cod. civ. 2r Th. Kap. 5. §. 8. ausgesprochen sind.

Es wurde nämlich schon oben aus den Gesetzen nachgewiesen, daß das constitutum possessorium nichts anders, als eine (ficta) traditio sey, und daß es, wenn es ein Eigenthum übertragen soll, sich auf einen titulum habilem ad transferendum dominium gründen müsse. Wir haben auch gehört, daß dieser Titel dem Hauptkontrakte zum Grunde liegen müsse; weil das constitutum possessorium als accessorium sich lediglich darnach richtet. Nun begründet aber der Kaufskontrakt den titulum emti nur für den Käufer nach bezahltem Kaufschillinge, oder nach paktirter Fristenbezahlung; und kömmt nun zu diesem titulum emti noch das constitutum possessorium als (ficta) traditio, oder die wirkliche Uebergabe selbst, so erhält dadurch der Käufer das Eigenthum der erkauften Sache.

Der titulus emti bezieht sich also lediglich nur auf den Käufer; keineswegs aber auf den Verkäufer, denn dieser hat nach der Uebergabe der Sache nur mehr ein Recht, den in Fristen paktirten Kaufschilling zu fordern, und seine Absicht geht beim Verkaufskontrakt nur dahin, gegen den paktirten Kaufschilling sein Eigenthum zu übergeben, nicht aber ein Eigenthum zu erwerben.

Nach geschehener Uebergabe der erkauften Sache kann also der erst später paktirte Vorbehalt des constituti possessorii zur Sicherheit des noch ausständigen und in Fristen zu bezahlen bedungenen Kaufschillinges dem Verkäufer zu nichts weiter, als zum Besitz, und den damit verbundenen Rechten führen. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache alsdann, wenn der Kaufschilling noch nicht bezahlt, und nicht auf Fristen, sondern auf baar Geld gehandelt worden ist. In diesem Falle ist das Eigenthum der verkauften Sache ungeachtet der geschehenen Tradition dem Verkäufer durch die Gesetze selbst reservirt, bis der baare Kaufschilling bezahlt ist. Cod. civ. 4r Th. Kap. 5. §. 10. Nr. 6. und Cod. jud. Kap. 20. §. 16. Nr. 4.

Kömmt also hier der noch später paktirte Vorbehalt oder das pactum constituti possessorii hinzu, ungeachtet die wirkliche traditio schon viel früher geschah, so entsteht für den Verkäufer der nämliche Vortheil, welchen er durch die ausdrücklich paktirte Reservatio dominii et possessionis erlangt hätte.

b) Welche gesetzliche Wirkungen äußert aber der Vorbehalt des constitutum psosessorium in dem Falle, wenn der Verkäufer denselben schon in der Uebergabe als eine Bedingung des Kaufskontraktes zur Sicherheit der Fristenbezahlungen des Kaufschillings paktirt, und unter diesem ausdrücklichen Vorbehalt dem Käufer die verkaufte Sache hingiebt?

Auch in diesem Falle wollen viele bewährte Rechtsgelehrte dem Verkäufer nichts weiter als

die Besitzrechte in Ansehung der Sicherheit für die noch zu bezahlende Kaufschillingsfristen einräumen.

Deswegen warnt Ulricus Huber schon im Jahre 1700 im 2ten Theile seiner praelationes juris romani et hodierni Seite 581 bis 184 die Gerichtspraxis vor der Anwendung der clausula constituti possesorii, indem er sagt:

„Illud heic monendum, frequenter eve„nire, ut fallantur homines etiam juris pragmatici, dum per clausulam constituti possessorii venditores se reservare putant dominium rei venditae, quod ad solam possessionem pertinet. A pacto constituti separatum est pactum, quo venditor reservat sibi dominium tantisper dum pretium penitus solutum fuerit: quod instrumento venditionis frequenter adjicitur; at saepius quam contrahentes velint, omittitur a tabellionibus memoratâ saltem clausulâ constituti vel retentionis, sub qua putant dominium comprehendi, cum nihil quam jus possessionis tribuat; dominii reservati mentio expressa fieri debet, alioqui non intelligitur, quia praeter negotii naturam est. etc.

Allein ich finde in den Gesetzen für diesen vom Verkäufer gemachten Vorbehalt des constituti possessorii als die Bedingung, die er bis zur gänzlichen Bezahlung der Kaufschillingsfristen bei der Uebergabe der erkauften Sache ausdrücklich aufstellt, eine ganz andere gesetzliche Wirkung; denn in diesem Falle ist nur eine nuda traditio sine causa ad dominium

transferendum habili vorhanden, welche nur eine nuda detentio conditionalis für den Käufer bis zur gänzlichen Abführung der Kaufschillingsfristen bewirkt. Es besteht also hier keine traditio vera ex titulo ad dominium transferendum habili. l. 31. ff. de Aquir. rer. dom., sondern der Verkäufer bleibt so lange nudus detentor der erkauften Sache, bis der Käufer den in Fristen bedungenen Kaufschilling ganz entrichtet hat.

Da also wegen dem Vorbehalt des constituti possessorii die traditio nicht geschieht, das dominium rei venditae sine traditione aber vom Verkäufer auf den Käufer nicht transferiret werden kann, so folgt strenge Konsequenz, daß dem Verkäufer das Eigenthum und der Besitz der verkauften Sache bis zur Erlage der bedungenen Kaufschillingsfristen durch den Vorbehalt des constituti possessorii, vielmehr durch die dadurch nicht erfolgte traditio rei venditae vorbehalten, vielmehr daß er bis zur gänzlichen Kaufschillingserlage Eigenthümer und Besitzer bleibe, folglich nicht nöthig habe, das Eigenthum und den Besitz der verkauften Sache sich ausdrücklich zu reserviren; welche ausdrückliche reservatio dominii et possessionis aber zur Begründung des juris separationis zur Sicherheit des in Fristen bedungenen Kaufschillings nur in dem Falle nothwendig ist, wenn die wirkliche Uebergabe der verkauften Sache geschehen sollte.

Uebrigens rathe ich der Gerichtspraxis und jedem Verkäufer, statt der Formel des Vorbe-

haltes des constituti possessorii sich vielmehr der reservatio dominii et possessionis zu bedienen, bis eine glückliche Gesetzesrevision das römische Unwesen der Tradition und der lächerlichen Fiktion durch das constitutum possessorium verwahrt, und das Eigenthum ganz der Vernunft gemäß, durch den vollendeten Kontrakt selbst ausspricht.

IV.

Auseinandersetzung der gesetzlichen Theorie über den Kleinzehent in Baiern.

Gewöhnlich gründen die Prätendenten des Kleinzehents ihren Rechtsanspruch auf die Thatsache, daß sie den Kleinzehent schon über 30 Jahre von dem größern Theil der Gemeinde bezogen haben, und wollen aus diesem angeblichen Ortsherkommen ihren Anspruch auch gegen die übrigen sich weigernden Gemeindeglieder geltend machen.

Da man durch den gewöhnlichen Begriff des Herkommens, oder durch die Grundsätze des gemeinen Rechtes über den Kleinzehent in Baiern sich leicht dürfte irre führen lassen, so finde ich Veranlassung, die von beiden ganz abweichende gesetzliche Theorie über den Kleinzehent in Baiern auseinander zu setzen.

Die Geschichte weiset uns, daß sich die Baiern eben so hartnäckig wie die Sachsen dem durch

Kaiser Karl den Großen so sehr begünstigten kanonischen Rechte, soviel den Zehent betrifft, widersetzt haben.

Die successive Reception des kanonischen Rechtes in allen seinen Theilen war zwar die Frucht der spätern Zeiten; allein die Baierische Landesobservanz huldigte nur dem großen, nie dem kleinen Zehent. Die beständige Verweigerung des letzten bildete eine ancoram libertatis boicae, die alle Präsumtionen und Konsequenzen von dem großen auf den kleinen Zehent verschmähte; und so kam es, daß selbst der Gesetzgeber in dem baierischen Landrechte, 2r Th. Kap. 10. §. 3. Nr. 3 und 4, dann §. 25. Nr. 1 u. 6, Antithesen sanktionirte, die dem gemeinen Rechte ganz fremd sind.

Wir wollen nun den gesetzlichen Begriff des Herkommens im Allgemeinen, die verbindliche Kraft desselben, dann die merkwürdigen Gesetzesstellen in Beziehung auf den Kleinzehent in Baiern, und endlich die daraus folgenden Resultate anführen.

Das Baierische Landrecht Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 3. Nro. 3. bestimmt folgendes:

„Giebt man nach uralter Landesobservanz den Kleinzehend überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens, und in der Maaß, wie er Herkommens ist.“

Die gesetzlichen Requisiten des Herkommens überhaupt bestimmt das Landrecht Cod. civ. 1r Th. Kap. 2. §. 15 mit dem Ausdrucke:

„Gewohnheitsrecht oder Herkommen „beruht 1) auf einem solchen Gebrauch, welcher „nicht nur den Willen der Gemeinde, son„dern auch die landesherrschaftliche Miteinstim„mung muthmaßlich anzeigt.

„Solchemnach muß derselbe 2) vernünftig, „öffentlich, wiederholt, beständig, gleichförmig, „und zwar in- oder aussergerichtlich seyn. 3) „Wird wenigstens ein Zeitverlauf von 30 Jah„ren hiezu erfordert.“

Da also beim Herkommen der muthmaßliche Wille der Gemeinde vorausgesetzt wird, so fragt es sich, wie dieser Wille der Gemeinde sich gesetzlich konstituire.

Jede Gemeinde (communitas) muß im juristischen Sinne in zweifacher Beziehung betrachtet werden, nämlich 1) als Gesellschaft von gemeinschaftlichem Interesse (corpus), und 2) nach einzelnen Individuen, welchen das ausschliessende Recht zukommt, über ihr Privateigenthum selbst nach eigener Willkühr zu disponiren, ohne daß die übrigen Mitgemeiner als (corpus per vota majora darauf nur den mindesten Einfluß zu äussern berechtigt sind.

Jede Gemeinde kann nur in Gemeindeangelegenheiten als Gesellschaft (corpus), oder als eine moralische Person betrachtet werden, es mögen diese Gemeindeangelegenheiten entweder Gerechtsame oder res communitatis oder endlich patrimonium communitatis betreffen.

Das Baierische Landrecht Cod. civ. 2r Th. Kap. 1. §. 6 und die Anmerkungen bestimmen

aber die res universitatis vel communitatis ganz genau, und setzen zugleich fest, daß, nachdem dieselben der Gemeinde als corpus, keinem aus der Gemeinde aber in particulari oder als singulis zustehen, bei der Disposition über dieselben blos die Majorität der Stimmen entscheide; indem eben darin die res universitatis a rebus singulorum sich unterscheiden, daß nur bei diesen letzten allein die Regel statt findet: quod singulos tangit, a singulis debet approbari; wo hingegen bei jenen blos auf die majora gesehen wird.

Es besteht also die Rechtsregel, daß in allen Sachen und Gegenständen, welche sich nicht auf das Interesse der ganzen Gemeinde als corpus beziehen, keine Stimmenmehrheit entscheiden könne, sondern die Einstimmung jedes Einzelnen aus der Gemeinde wesentlich nothwendig sey.

Mit dieser gesetzlichen Bestimmung unsers Landrechtes stimmt auch das Römische und gemeine Deutsche Recht vollkommen überein, wie wir in Glücks Erläuterung der Pandekten 1. Buch Tit. 3. §. 84. Seite 453 lesen, worin mit Allegirung der einschlägigen Gesetzesstellen folgendes angeführt wird:

„Es ist jedoch nicht jede Regel, welche aus „einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstan„den, gleich für verbindliche Gewohnheit zu hal„ten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, „ob diese Regel a) nur von Einem oder meh„rern einzelnen Personen, oder b) ob sie von „Allen ist beobachtet worden.

„Im ersten Falle verbindet dieselbe weder „diejenigen; die sie freiwillig beobachten, cum „nemo eam sibi possit legem dicere, a qua „ei recedere non liceat: noch auch andere; „nam inter alios gesta, quorum ex volun- „tate valent, aliis non nocent, qui non con- „sensisse probari possunt. (L. 1. Cod. inter atios acta.)

„Im zweiten Falle aber, wenn alle Einwoh- „ner zeithero sich nach einer gewissen Regel ge- „richtet, und solche in der Meynung, daß sie so, „und nicht anders zu handeln verbunden, unab- „geändert beobachtet haben, so wird eine solche „Regel endlich durch die Länge der Zeit zur ver- „bindlichen Gewohnheit, und nimmt das Gepräge „des Gesetzes an."

Aus den bisher angeführten Grundsätzen er- hellet, daß bei jedem verbindlichen Ortsher- kommen, so wie bei allen actibus possesso- riis, der Gegenstand in welchem das Ortsher- kommen begründet werden will, wohl berück- sichtigt werden müsse, ob nämlich die Gemeinde dabei als corpus nach einem allgemeinen und ungetheilten Interesse, oder ob sie in der einzel- nen Individualität nach einem einzelnen Privat- interesse erscheine; weil nur im ersten Falle der Wille nach majoribus, im letztern aber nach singulis gemuthmaßt wird.

Da nun die Zehentreichniß offenbar kein Ge- genstand der Gemeinde als corpus (Gemeinde- sache) ist, vielmehr das ausschliessende Verfü- gungsrecht eines jeden Individuums über seine Sache in die Sphäre seines Privatrechtes gehört,

welcher kein nexus communitatis zu nahe treten darf, indem der Gemeinde durchaus kein Recht zusteht, etwas über das Eigenthum eines Dritten zu verfügen: so ist ganz klar, daß sich das Herkommen des Kleinzehents auf den muthmaßlichen Willen jedes einzelnen Gemeindegliedes durch die dreißigjährige Ausübung des Kleinzehentgenusses und die Abreichung desselben gründen müsse, da nach den Gesetzen das Herkommen als ein jus diuturnis moribus consensu utentium introductum genannt wird, oder wie es schon Cicero sehr richtig bestimmte: „consuetudinis jus esse putatur id, quod vo-„luntate omnium sine lege vetustas „comprobavit. (De invent, Lib. II. Cap. 22.) Nach den Anmerkungen ad Cod. civ. 1r Theil, Kap. 2. §. 15 setzt eine consuetudo localis den durch lange Ausübung sich äussernden Willen derselben Gemeinde, und eine communitatem qua talem voraus: consuetudo enim introducitur non a privatis, sed a populo (communitate) vel a parte populi; und nach diesen Anmerkungen ad Cod. wird gefordert, daß die Gewohnheit öffentlich sey, weil sie sonst weder dem Landesherrn, noch der Gemeinde, oder dem mehrern Theil derselben so leicht ad notitiam kommen, und also so leicht kein Consens geschlossen werden könne.

Nach dem Sinne der Anmerkungen scheint sich also die gesetzliche Kraft der verbindlichen Gewohnheit unbedingt durch die Mehrheit der Gemeinde zu begründen. Allein der oben angeführte Grundtext des Gesetzbuches selbst bestimmt das Herkommen lediglich in dem Gebrauche,

welcher den Willen der Gemeinde und des Gesetzgebers muthmaßlich anzeigt. Es läßt also das Gesetz die Gemeinde in ihrer zweifachen Rücksicht, nämlich als corpus und nach einzelnen Individuen bestehen, ohne den Begriff einseitig darzustellen.

Dieß ist auch der wahre Sinn des leg. 35 ff. de legg. „consuetudo est jus, quod sine „ullo scripto populus approbavit, cujus ju- „ris causa efficiens est tacitus populi con- „sensus, colligiturque is ex moribus uten- „tium. Vid. Perezii praelationes in codi- „cem.“

Mir scheint daher die Erklärung Lauterbachs einseitig, und die Gemeinde nur als corpus berührend, da er sagt:

„Necesse est, ut (consuetudo) a majore „parte communitatis observetur, aut ejus „habeatur notitia; cum in omni communi- „tate ad valorem actuum soleat sufficere con- „sensus partis majoris; nam quod major „pars curiae efficit, pro eo habetur, ac si „omnes fecissent. (Colleg. Pand. L. I. Tit. 3. „§. 33. Seite 58).“

Nachdem wir bisher den gesetzlichen Begriff des Herkommens und die verbindliche Kraft desselben im Allgemeinen auseinandergesetzt haben, so wollen wir den ganz eigenen Begriff desselben, in Beziehung auf den Kleinzehent in Baiern, durch die einschlägigen Gesetzesstellen erörtern.

I.

Die Gesetzesstelle Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 3. Nr. 3. beschränkt den Kleinzehent überhaupt nur auf den Ort, wo er Herkommens ist, und auf das Maaß, wie er Herkommens ist.

Da der wörtliche Sinn dieses Gesetzausdruckes eine örtliche Gewohnheit in dem herkommlichen Maaße zu bezeichnen scheint, so dürfte der Richter in Zweifel gerathen, ob der Gesetzgeber, nach seiner ganz eigenen Art sich auszudrücken, durch diese Gesetzesstelle die verbindliche Kraft des Herkommens beym Kleinzehent aus der Majorität der Einwohner des Ortes (Gemeinde) als corpus, oder nach jedem einzelnen Individuum desselben konstituiren wollte.

Bei diesem Zweifel über den eigentlichen Begriff des Herkommens in Hinsicht des Kleinzehents müssen wir zur Berichtigung unserer Ideen die Grundsätze über den Kleinzehent aus den ältern Gesetzen aufsuchen, und überdieß durch Zusammenstellung mehrerer Rechtsmaterien im Gesetzbuche, wo der Gesetzgeber von Herkommen spricht, den wahren Sinn des Herkommens nach der ganz individuellen Art des Ausdruckes des Gesetzgebers erforschen. Wir wollen beides versuchen.

Das alte Landrecht von 1616, aus dem der Gesetzgeber schöpfte, und welches in so mancher verworrenen Materie uns Klarheit und Licht giebt, sagt Tit. 28. Art. 16:

„An welchen Orten von Alters herkom-
„men, daß man den kleinen und Blutzehent ge-
„geben, soll er daselbst noch gegeben werden:
„an was Orten er aber von Alters her nicht
„gegeben worden, ist man denselben ferners zu
„reichen auch nicht schuldig."

Hier läßt uns das Gesetz bei dem allgemeinen Ausdruck des Ortes noch im Dunkeln, und wir finden weder Klarheit noch Licht.

Nehmen wir unsere Zuflucht zu dem großen Gesetzausleger Baron Schmid, so finden wir die Erläuterung obiger Gesetzesstellen in seiner Semicenturia I. Kontrovers 36, Seite 96 auf folgende Art:

„Sciendum est, quod licet alias ex dispo-
„sitione juris communis de omni fructu ter-
„rae, qualiscunque sit, sive majoris sive le-
„vioris momenti, nec non de omnis generis
„animalium foetibus et nutrimentis decima
„debeatur; in his tamen terris generalem
„esse consuetudinem, quae etiam per sta-
„tuta provincialia approbata est, ut decimae
„minores non debeantur, nisi in iis lo-
„cis, ubi ab antiquo praestitae sunt."

Auch bei dieser Erläuterung finden wir in dem Ausdruck: nisi in iis locis, ubi ab antiquo praestitae sunt, weder Klarheit noch Licht.

Wir wollen nun den eigentlichen Sinn, welchen der Gesetzgeber dem Ausdrucke „des Herkommens bei dem kleinen Zehent in Baiern"

geben wollte, durch Zusammenstellung mehrerer Gesetze aufsuchen.

In den Anmerkungen ad Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 3. Nr. 4. lesen wir:

„Da sich der kleine Zehent überhaupt sowohl circa modum als substantiam auf jedes Ortes besonderes Herkommen gründet, letzteres aber strictissimae interpretationis ist, so darf nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 15, weder von dem großen auf den kleinen Zehent, noch umgekehrt, eben so wenig von einem Grundstücke oder Feld auf das andere, endlich von keiner Gattung der hergebrachten Zehentfrüchte auf andere Gattungen, z. B. von Kraut und Rüben auf Flachs, Hopfen, noch vom Heu auf Klee oder Grummet eine Extension sich erlaubt werden, sondern es bleibt lediglich bei dem strengen Besitze des Herkommens nach der Regel: tantum praescriptum, quantum possessum.“

Diese Grundsätze, und besonders der Ausdruck: „tantum praescriptum, quantum possessum“ bezeichnen den ganz eigenen Sinn des Herkommens beim Kleinzehent in Baiern; indem sie dasselbe dem Charakter der Verjährung in Hinsicht seiner Wirkung auf einzelne Gegenstände des Besitzes annähern, ohne daß bei diesem Besitze der Schluß von der Mehrheit der Kommunität auf Einzelne gemacht werden darf; und so scheint das Herkommen in Hinsicht des Kleinzehents in Baiern einen von den allgemeinen Grundsätzen des Herkommens abweichenden Begriff zu erhalten und eine Rechtsanomalie darzustellen; indem es seine verbindliche Kraft erst

durch die einzelnen Glieder auf die Kommunität selbst, und nicht umgekehrt von der Mehrheit der Kommunität auf einzelne Glieder erhalten und äussern kann.

Auf diese Art muß also das Herkommen nach jedem einzelnen Mitgliede aus der Gemeinde beurtheilt, und es darf keineswegs von der Mehrheit der Kommunität auch auf Einzelne aus der Gemeinde angewendet werden; und so wäre der eigentliche Sinn des Herkommens beim Kleinzehent in Baiern mit unserm oben aufgestellten Begriffe der Gemeinde nach einzelnen Individuen (also nicht als corpus) betrachtet, übereinstimmend.

Da aber die angeführten Anmerkungen zu den Baierischen Landrechten nur in so ferne Einfluß auf die richterliche Beurtheilung äussern dürfen, als sich der Geist derselben in den Landrechten selbst ausspricht, und nicht das Gegentheil bestimmt, so liegt uns zu beweisen ob, daß das Landrecht selbst den Begriff des Herkommens auf einzelne Individuen beschränkt, und nicht immer eine communitas qua talis nothwendig voraussetzt.

Diesen Beweis liefert uns das Landrecht sehr anschaulich im 4ten Theil Kap. 7. §. 11 bei der Bestimmung der Laudemialreichniß, wo Nro. 9 die merkwürdige Stelle vorkommt:

„Kann der Grundherr von dem abgestande-
„nen Mayer der Abfahrt wegen nichts fordern,
„sondern muß sich mit dem Anfall, welchen der
„Mayer obverstandenermaßen zu bezahlen hat,

„begnügen, ausser wo beide Laudemien zugleich „bei dem Gute von Alters Herkommens „sind, welchen Falls es zwar noch weiter, je„doch ohne mindeste Ausdehnung sowohl in modo, „als sonst, bei sothanen Herkommen sein „Verbleiben hat; mehr als zwei Fälle aber sollen „mit Einschluß obverstandener Abfahrt, wo solche „Herkommens ist, nie mehr genommen „werden."

Daß dieses Herkommen nach jedem einzelnen Gute, mithin nach einzelnen Individuen, keineswegs aber nach der Majorität der Gemeinde oder des Ortes beurtheilt, und von der blos zufälligen Majorität der Gemeinde, keineswegs ein verbindlicher Schluß auf einzelne aus der Gemeinde sich erlaubt werden dürfe, das lehrt uns die tägliche Gerichtspraxis.

Das Herkommen bei dem Kleinzehent in Baiern gründet sich also auf den gleichförmigen, durch die gesetzliche Zeit fortgesetzten Besitz. Das es also strictae interpretationis sey, mithin der Beweis des Inhabers weder von einer Person auf die andere, noch von einem Orte auf den andern, und eben so wenig von einer Sache auf die andere ausgedehnt werden dürfe, lehrt uns das Landrecht, Cod. civ. 1r Th. Kap 2. §. 15. Nr. 6. und 2r Th. Kap. 5. §. 13. in notis.

II.

Ganz im Einklang mit den bisher aufgestellten Grundsätzen bestimmt die Landesverordnung vom 28. September 1793 über den Klein-

zehent folgendes: (Mairische General. Samml. 5r Band Nr. 105. S. 273 bis 274.).

„Obschon nach uralter Landesobservanz und „baierischen Landrechten der Kleinzehent nur an „Orten, wo er Herkommens ist, und nur in der „Maaß, wie er Herkommens ist, gegeben wer„den muß, folglich weder von einem Grunde „auf den andern, noch von einer Frucht auf „die andere ausgedehnt werden darf, so ist doch „mehrmal befremdend zu vernehmen gewesen, daß „dem klaren Sinne der ältern und neuern „Landesgesetze zuwider einige Zehentherren, und „vorzüglich Pfarrer sich beigehen lassen, von dem „unter Schuz und Aufmunterung der Kulturs„mandaten auf den Brachfeldern angebauten „Klee den Zehent zu fodern. Es sind daher „diese gesetzwidrige, dem Ackerbau und der Vieh„zucht schädliche, folglich dem allgemeinen Wohl „entgegen strebende Ausdehnungen des Ze„hentrechtes abzustellen, die hierüber bestehen„de Gesetze und Gewohnheiten in Kraft zu er„halten, und die Unterthanen bei ihrer gesetz„mäßigen Zehentfreiheit zu handhaben; „weßwegen erklärt wird, daß der Klee und alle „Futterkräuter, welche auf Brachfeldern gebauet „werden, gänzlich zehentfrey seyn sollen, wor„nach sich in allen vorkommenden Fällen Jeder„mann zu richten weiß.“ *)

*) Durch eine spätere Verordnung vom 16. Septemb. 1794 wurde erklärt, daß unter Klee und Futterkräutern nur Esparcette, Luzerne, Wicken, Spergel, Tresp u. s. w. und überhaupt alle Klee- und angebauten Grasarten verstanden werden, welche ohne eine Frucht zu machen, dem

Die Frage also: „Wie äussert das Herkommen in Hinsicht des Kleinzehents in Baiern seine gesetzliche Kraft?“ löset sich nach den bisher angeführten Rechtsstellen durch folgende Resultate:

I. Resultat. Das Herkommen äussert bei dem Kleinzehent in Baiern seine gesetzliche Kraft nur gegen diejenigen Gemeindeglieder, gegen welche es sich gesetzlich begründet hat; dagegen äussert es selbst in dem Falle, wenn es sich gegen die Majorität der Gemeindeglieder gesetzlich begründet hat, seine gesetzliche Kraft nicht gegen diejenigen Einzelnen aus der Gemeinde, gegen welche es sich nicht gesetzlich begründet hat. Hieraus folgt,

a) daß das Recht auf den Kleinzehent sowohl nach jeder einzelnen Gattung der decimabeln Frucht, als auch bei jedem einzelnen Individuum nach dem Maaße des dreißigjährigen Herkommens (einzeln) bewiesen werden müsse, und daß es keineswegs hinreiche, von der Majorität der zehentpflichtigen Gemeinde, den Schluß auf einen andern Einzelnen aus der Gemeinde zu machen, der bisher die Kleinzehentfrucht nicht reichte: denn wenn auch gleich bei einer Gemeinde oder in einem bestimmten Orte der Kleinzehent einer gewissen Frucht über dreißig Jahre von der Mehrheit der Gemeinde-

---

Vieh frisch oder trocken zum Futter gereicht werden, keineswegs aber die Ausdehnung auf Erbsen, Kraut, Rüben, Erdäpfel, Hanf, Brein, Linsen, u. s. w, statt finde. Vid. Mairisch. General. Samml. 5r Band. Nr. 126. S. 304

glieder gereicht wurde, dagegen von Einigen oder von einem einzelnen Individuum nicht, so ist wohl in Hinsicht der erstern nach unsern Landesgesetzen ein Herkommen begründet, keineswegs aber in Hinsicht der letztern, nach dem Rechtssatz: Quod singulos ex communitate tangit, a singulis debet approbari. Ferners folgt:

b) Daß wenn auch der Kleinzehent nach dem Maaße des Herkommens von den bisher erbauten einzelnen Früchten gereicht wurde, derselbe von den erst neu zu erbauenden kleinen Früchten keineswegs gereicht werden dürfe; weil das Herkommen sich lediglich nur auf den hergebrachten Besitz von 30 Jahren zurück, keineswegs aber auf die neuen Früchte der Gegenwart und der Zukunft (ohne konstituirte Observanz) gründet, nach der Rechtsregel: tantum praescriptum, quantum possessum.

Hieraus fließt also, daß der Beweis sich nicht denken lasse, aus dem Besitze einer bisherigen kleinen Zehentfrucht ein Recht auf alle, folglich auf die bisher noch nicht gebauten, oder auf die seit 30 Jahren noch nicht gebauten kleinen Früchte, darzuthun.

II. Resultat. Dagegen kann das Herkommen seine gesetzliche Kraft sowohl zum Vortheil einer ganzen Gemeinde, als der einzelnen Glieder, für ihre Freiheit der Zehentreichniß äussern, wenn der Kleinzehent gewisser Früchte bisher bei der Gemeinde nicht Herkommens war.

So führt Baron v. Kreittmayr in den Anmerkungen ad Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 21. die coumunis consuetudo et observantia an, daß man von Gründen, welche Gartenrecht haben, keinen Zehent, und von zehentbaren Heuwiesen keinen Grummetzehent reiche.

Das Herkommen äussert aber auch seine gesetzliche Kraft für die Freiheit vom Kleinzehent in Baiern selbst auf denjenigen Gründen, welche von Aeckern in Wiesen oder Gärten umgeschaffen werden, und auf welchen der geistliche Zehentherr in jure decimandi ordinario vel parochiali die gesetzliche Vermuthung für das jus decimandi absolutum intuitu fundi hat; wenn nämlich der Kleinzehent der befraglichen neu erbauten Frucht selbigen Ortes ex consuetudine nicht Herkommens ist.

Nach dieser gesetzlichen Bestimmung erklärt sich die oft mißverstandene, aber nur scheinbare Gesetzesanomalie, welche der Gesetzgeber in dem Landrechte Cod. civ. 2r Th. Kap. 10. §. 11. Nr. 4 und 5 aufgestellt hat, und welche Stellen, wenn sie nur getrennt, und nicht im Zusammenhange mit dem ganzen Inhalte des §. 11. gelesen werden, in offenbarem Widerspruche mit den Gesetzesstellen §. 3. Nr. 3. und §. 25. Nr. 6. zu stehen scheinen würden.

Es ist übrigens sehr zu wünschen, daß die bisher dunkel gebliebenen gesetzlichen Bestimmungen über den Kleinzehend allgemein bekannt würden, weil bei dem Landvolke der von den Ze-

henthölden mit allem Fleiße unterhaltene und genährte Wahn herrscht, daß wenn in einzelnen Orten auch nur der eine und andere Grundbesitzer von einer einzelnen Frucht den Kleinzehend reichte, durch diese Zehendreichung schon eine verbindliche Ortsgewohnheit der Zehendreichung in Hinsicht aller, selbst der erst neu zu bauenden Kleinfrüchte sich begründet habe. So werden dem leichtgläubigen Landmann die sauern Früchte seines ohnehin mit Undank belohnten Fleißes aus den Händen gewunden, und letztere für nützliche Nationalbeschäftigung gelähmt.

V.

Von der Erwerbung einer servitus discontinuae durch Verjährung nach baierischen Rechten.

Die Grunddienstbarkeiten theilen sich nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 7. §. 5. in servitutes continuae et discontinuae.

Continua heißt diejenige, welche für sich selbst ohne menschlicher Uebung besteht, und deren Gebrauch immer ununterbrochen ist.

Discontinua hingegen heißt diejenige, deren Gebrauch blos auf menschlicher Uebung beruht, mithin auch öfters unterbrochen wird, z. B. servitus viae, actus, pascui etc.

Zu den servitutes continuae gehören auch diejenigen, welche mehr von der Natur, als von der menschlichen Uebung abhangen, ungeachtet sie nicht

von beständiger, sondern unterbrochener Dauer sind, z. B. servitutes stillicidii, fluminis etc.

Die servitutes rusticae sind meistens discontinuae; es giebt aber auch continuae, z. B. das Recht einen Zaun, oder Schranken in fundo alieno zu setzen.

Eine servitus continua wird in Zeit von 10 Jahren bei Anwesenden, in Zeit von 20 Jahren bei Abwesenden verjährt, wenn ein justus titulus, oder scientia et patientia des Gegentheils bewiesen werden kann. In der 40 jährigen Verjährung wird titulus oder scientia et patientia durch die Länge der Zeit ersetzt.

Das baierische Landrecht folgt also hier dem jus auctoritativum, quod scientia et patientia sit in incorporalibus loco tituli, Stryk. §. 6. Struvius de patientia C. 12. nro. 5. etc. vid. Annot. ad Cod. civ. 2r Th. Kap. 7. §. 5. womit auch das alte Landrecht von 1616 Art. 5. übereinstimmt.

Aber ganz anders verhält sich die Verjährung bei den servitutes discontinuae. Diese verjähren sich nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 7. §. 5. Nro. 3. nur durch unfürdenkliche Zeit, den einzigen Fall ausgenommen, wenn nebst einem tauglichen Titel auch die scientia et patientia des Gegentheils bewiesen werden kann; in welchem Falle die Verjährung inner 10, und bei Abwesenden inner 20 Jahren vollbracht wird: und ist die Servitut erkauft, so wird die 10 oder 20jährige Zeit der Verjährung auf die Hälfte heruntergesetzt.

Hier muß vor allen ein Widerspruch zwischen dem Grundtext und den Annotationen 2r Theil Kap. 7. §. 5. berichtigt werden. *)

In den Annotationen heißt es nämlich mit Bezug auf das alte Landrecht von 1616: „discontinuae servitutes verjähren sich cum titulo vel patientia et scientia ebenfalls inner 10 respect. 20 Jahren, ohne Titel vel patientia et scientia aber andergestalt nicht als in unfürdenklicher Zeit. Baier. Landrecht cit. Art. 4, 5, et ibidem Baron Schmid Nro. 7.

Wenn wir aber das Landrecht von 1616 Tit. 26. Art. 5. (Seite 315) und Baron Schmid Comment. III. B. S. 291 nachlesen, so finden wir, daß zur Verjährung einer servitus discontinua inner 10 resp. 20 Jahren nicht nur a) der Beweis eines justus titulus, sondern auch b) der scientia et patientia des Gegentheils erforderlich sey.

Die Gesetzesstelle ist folgende: „Es wäre „dann, daß einer zu Behauptung einer solchen „unterbrochnen Dienstbarkeit, sich auf eine Ver„jährung von 10 oder 20 Jahren wollte grün„den. In solchen Fall muß er nit allein einen zu „der Verjährung tauglichen Titel, son=

*) Daß aber auch im Grundtext Druckfehler einschlichen, welche durch die Annotationen berichtigt wurden, zeigt uns die Stelle des Cod. civ. 3r Th. Kap. 8. §. 6. Nr. 6. wo es bei der Zusammenstellung mit den Annot. heissen soll: „Stirbt der donator oder donatarius noch vor der Acceptation, so kann solche von des donatarii (statt donatoris) Erben nicht (statt noch) ersetzt werden.

„dern auch, daß der Gegentheil sein „Innhaben und Gebrauch der Dienst„barkeit gewußt, zugesehen und gedul„det habe, bewiesen, und da solches ge„schieht, hat er auch die unterbrochene „Dienstbarkeit mit nutz und gwer ver„järt und ersessen.“

Es erhellt also, daß der Widerspruch in den Annotationen durch das fehlerhafte Wort vel) oder) statt et) und) herrühre.

Die Ursache, warum das Gesetz in servitute continua, zur Erlangung durch Verjährung inner 10 resp. 20 Jahren nur titulum oder scientiam et patientiam fordert, dagegen bei der servitute discontinua titulum und scientiam et patientiam zugleich verlangt, giebt Baron Schmid im 3ten Band Tit. 26. Art. 5. Nr. 8. Seite 292 auf folgende Art an:

„Ratio est, quia praescripsio cum titulo „in rebus corporalibus datur contra ignoran„tem, ergo etiam in servitutibus continuis, „quia in hoc ex l. ult. Cod. de praescript. „long. temp. aequiparatae sunt. At articu„lus noster in praescriptione servitutis dis„continuae praeter titulum et cursum „decem vel viginti annorum, etiam per „expressum requirit scientiam et pati„entiam.“

Da also bei der Erlangung einer servitus discontinua durch Verjährung von 10 respect. 20 Jahren und bei erkauften in 5 respect. 10 Jahren, sowohl titulus als scientia et

patientia bewiesen werden soll, so frägt sich besonders, welcher titulus erfoderlich sey.

Entweder besteht die Servitus discontinua für sich selbst, oder sie wird nur per modum accessorii mit einem andern Hauptgegenstand erworben. Im letzten Fall richtet sie sich in Hinsicht des Titels nach dem Hauptgut, in so ferne der Successor nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 4. §. 10. die Verjährung fortzusetzen fähig ist. Im ersten Fall wird zur Erwerbung der Servitut selbst ein rechtmäßiger Erwerbungstitel nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 4. §. 6. erfodert, wodurch nämlich das Eigenthum wirklich transferirt werden kann, z. B. Kauf, Tausch, Schankung, Vermächtniß, Erbschaft u. dgl.

Zur Beleuchtung dieser Materie setze ich nun folgenden wirklichen Fall:

Es kauft in einer Stadt ein Bürger von einem andern Bürger den Garten neben des Letztern Hause um 4000 fl.; dieser mit einer Mauer umgebene Garten hat einen eigenen Eingang an der hintern Seite. Um den Umweg zu ersparen, geht nun der Käufer volle 10 Jahre durch des Verkäufers Haus bei der vordern Gartenthür (durch welche sonst der Verkäufer von seinem Hause aus gieng) in den erkauften Garten. Nun stirbt der Verkäufer; und die Erben, welche das Haus Servitutenfrei verkaufen wollen, hindern den Käufer in seinem Durchgang durch das Haus, indem sie vorgeben, der Käufer sey nur aus gutem Willen und aus Freundschaft ihres verstorbenen, mit dem Käufer notorisch auf

dem vertrautesten Fuße gestandenen Erblassers durch das Haus gegangen; aber er habe schon aus dem Grunde kein Durchgehungsrecht durch das Haus, weil an der hintern Seite des Gartens ohnehin ein eigener Eingang sich befinde, wozu dem Käufer bei der Abschließung des Gartenverkaufes der Schlüßel eingehändigt wurde; auch beim Verkauf des Gartens keine Rede von einer Durchgangsservitut durch das Haus in den erkauften Garten war.

In dem hierüber entstandenen Processe sucht nun der Käufer sein Durchgangsrecht durch des Verkäufers Haus auf die Verjährung zu gründen, und führt folgende Gründe an:

A) Da er dieses Durchgangsrecht schon über 10 Jahre ausübe, so sey von keinem precarium oder Familiarität die Rede mehr; es komme also hier die Gesetzesstelle Cod. civ. 2r Th. Kap. 7. §. 5. Nr. 4. in Anwendung.

B) Da dieser Durchgang zu dem Gebrauch des Gartens wesentlich nothwendig, sohin die Servitut des Durchganges ein accessorium des Gartenkaufs-Kontraktes sey, so habe sich diese Servitut nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 7. §. 5. Nro. 5. schon in 5 Jahren verjährt.

C) Was endlich den Beweis der scientia und patientia, dann des tauglichen Titels betreffe, so widerspreche der Gegentheil die scientia et patientia selbst nicht; der taugliche Titel aber fließe aus dem Gartenkaufs-Kontrakte selbst, welchem die Durchgangsservitut durch das Haus als accessorium anklebend sey. Es sey

also eine mit dem Garten erkaufte Servitut vorhanden, und gründe sich der Titel auf den Gartenkaufs-Kontrakt selbst.

Die Entscheidung dieses Streitgegenstandes beruht auf der Bestimmung der Frage: ob dieser Durchgang durch das Haus als Zu- oder Angehör (pertinens, accessorium, dependens, continens, appendix, annexum) zu dem erkauften Garten betrachtet werden könne, oder ob diese Servitut des Durchganges durch das Haus als eine eigene, für sich bestehende, von dem Gartenkauf ganz unabhängige Servitut angesehen werden müsse.

Daß ein Garten ohne Eingang nicht benützt werden könne, ist an sich klar. Wäre der Garten so gelegen, daß man nicht anders, als durch das Haus in denselben kommen könnte, so stützte sich der Durchgang allerdings auf eine Nothwendigkeit, und derselbe müßte als pertinentia oder accessorium rei angesehen werden. Ganz anders aber verhält es sich in dem vorliegenden Fall, in welchem der erkaufte Garten nicht nur an den Seiten frey steht, sondern wo die eigene schon vorhandene Thür an der hintern Seite den Eingang bezeichnet.

Der Durchgang durch ein Haus und durch einen geschlossenen Hof ist eine Bürde, welche den Kaufpreis eines mit solch einer Servitut beschwerten Hauses ausserordentlich verringert, weil man weder das Haus noch den Hof geschlossen halten kann; ein Umstand, der die meisten Kaufslustige zurückschreckt.

Da nun die Willensmeinung der Kontrahenten bei Kontrakten nicht weiter extendirt werden darf, als sie aus der Natur des Geschäftes selbst erklärt werden kann, so kann in dem vorliegenden Fall von dem Kaufe des mit einem eigenen Eingang versehenen Gartens keineswegs der Schluß auf die erkaufte Durchgangsservitut durch das Haus gemacht werden, bis nicht der Beweis hergestellt ist, daß dieser Durchgang durch das Haus in dem Gartenkaufs-Kontrakt paktirt wurde. Der Titel des Kaufes erstreckt sich also nur auf den Gartenkauf, keineswegs aber auf den ganz heterogenen Gegenstand des Durchgangsrechtes durch das geschlossene Haus und den Hofraum; weil der Eingang in den Garten durch eine eigene Thür bezeichnet ist, den der Käufer durch die vom Gegentheil nicht widersprochene Annahme des ihm bei der Abschliessung des Gartenkaufes übergebenen Gartenschlüssels anerkannt hat.

Der nichtige Einwurf, daß Verkäufer selbst jedesmal von seinem Hause durch den Vorhof in seinen Garten gegangen sey, ist nicht erwähnenswerth; denn dies lag ja schon in der Natur der Sache, und dieser Gebrauch geschah jure dominii und nicht jure servitutis.

Hieraus fließt also der Grundsatz, daß der Kaufstitel oft unrichtig auf andere Gegenstände extendirt zu werden pflegt, welche Gegenstände keineswegs nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 2. §. 14. Nr. 3. et Annot. als solche betrachtet werden dürfen, die a jure, lege, consuetudine als

pars rei, oder in Ansehen derselben als pertinentia rei für solche zu halten sind.

Der eigentliche Sinn des Gesetzes, daß durch 5 respect. 10 Jahre eine erkaufte Servitut erworben werden könne, wenn nebst dem tauglichen Titel die scientia et patientia des Servitutleidenden bewiesen werden könne, scheint auf den Fall anwendbar, wenn ich nämlich einen Garten mit einer noch nicht konstituirten Servitut des Durchganges von einem Dritten kaufe, und der Gegentheil mit Wissen und Willen diese Durchgangsservitut mich bona fide exercentem, diese speciel und ausdrücklich erkaufte Servitut ausüben läßt. Die Servitut muß also ein ausdrücklicher Gegenstand des Kaufes, oder wenigst ein nach den Gesetzen zu beurtheilendes accessorium des erkauften Gegenstandes seyn.

Da übrigens die Felddienstbarkeiten, wie die Erfahrung lehrt, meistens durch einen Mißbrauch der Gutmüthigkeit redlicher Nachbarn sich begründen, und durch Verjährung zu einem Rechte erwachsen, wodurch mancher Gutsbesitzer in der fernern Kultur seiner Gründe oft die größten Hindernisse findet; so müssen wir dem französischen Civilgesetzbuche volle Gerechtigkeit widerfahren lassen, welches, Liv. II. Tit. IV. Des servitudes, bestimmt, daß die unterbrochenen Felddienstbarkeiten keineswegs durch Verjährung, nicht einmal durch undenklichen Besitz, sondern lediglich durch einen gesetzlichen Erwerbtitel erworben werden können. Weil aber die Felddienstbarkeit mit dem sich ändernden Grade der

Landeskultur bald nothwendig, bald entbehrlich werden, so ist zu wünschen, daß die künftigen Kultursgesetze, die Nothwendigkeit und die Entbehrlichkeit, so wie die billige Entschädigung, lediglich auf das Urtheil rechtschaffener und erfahrner Landökonomen begründen.

VI.

Können Special- und Faustpfandgläubiger nach dem Alter und dem Vorzuge ihrer Foderungen gleich den Generalpfandgläubigern unbedingten Anspruch auf die Konkursmasse machen, wie dies bisher in der Praxis gewöhnlich statt hatte?

Da in der baierischen Gerichtsordnung, in dem 20sten Kapitel bei dem Prioritätsrechte der so wesentliche Unterschied der Special- und Generalpfänder und ihrer gesetzlichen Wirkungen besonders in Rücksicht ihrer Ansprüche auf die zu vertheilende Gantmasse nicht deutlich genug ausgesprochen wurde; sondern ihre Priorität theils in den ersten 7 Klassen oder in der 8ten Klasse blos nach dem Alter bestimmt worden zu seyn scheint, so begnügten sich die Rechtsanwälte so wie die gewöhnliche Gerichtspraxis blos

mit den trocknen Worten des Gesetzes, und letztere lozirte die General- und Specialpfandgläubiger, lediglich nach ihren Klassen und dem Alter, ohne auf den Werth der Specialpfänder Rücksicht zu nehmen; nur sah man höchstens in der 4ten Klasse darauf, ob die verbessert- erkauft- oder erbauten Güter, auf welche die gesetzlich bevorzugten Pfandrechte sich beschränken, noch vorhanden seyen; und selbst bei diesen war man wegen des Werthes des Pfandes oder des daraus gelösten Kaufschillinges unbekümmert, sondern befriedigte im Nichtzureichungsfalle dergleichen Specialpfandfoderungen ohne Bedenken aus der zusammengeworfenen ganzen Konkursmasse.

Nur bei Faustpfändern fand die Gerichtspraxis einige Bedenklichkeit, ob nämlich die Foderung z. B. von tausend Gulden, gemäß Cod. jud. Kap. 20. §. 9. Nr. 4, ebenfalls nach dem Alter in der 8ten Klasse in dem Falle soll gesetzt werden, wenn das ad massam zurückgestellte Hauptpfand nur um 500 fl., sohin nur um die Hälfte der Foderungen von 1000 fl. veräußert wurde, oder im Schätzungswerthe halte.

Indem der Legislator in dem 20sten Kapitel der baierischen Gerichtsordnung die Priorität der General- und Specialpfänder bestimmte, vergaß er den wesentlichen Umstand, nämlich die aus dem Civilgesetzbuche hervorgehende Beschränkung der bevorzugten und unbevorzugten Specialpfänder auf den bloßen Schätzungswerth, oder auf den erlösten Kaufschilling von dem Specialpfand-Objekte, beizusetzen, vielmehr deutlich auszusprechen.

Das Unterpfand, es mag nun ein Faust-pfand, oder eine bloße Hipothek seyn, ist nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 6. §. 1, für den Gläubiger das Objekt der Sicherheit für seine Foderung. Die Sicherheit steht also mit dem Schätzungswerthe oder dem erlösten Kaufschilling von dem Unterpfande im genauesten Verhältnisse, und erstreckt sich nicht auf andere Gegenstände, welche nicht als Unterpfand zur Sicherheit gegeben wurden.

Dagegen dürfen nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 6 §. 8. Nr. 3. die Sachen, welche bereits verpfändet sind, mit Gültigkeit andern nicht verpfändet werden, ausser soviel das Uebermaaß betrift, um welches sie etwa im Werth mehr als die Schuld betragen.

Hieraus folgt, daß alle diejenigen Gläubiger, welche nur ein Special- oder Faustpfand haben, die Befriedigung ihrer Foderung oder die Bezahlung in der Stelle, wo sie als Specialpfandgläubiger im Prioritätserkenntnisse loziert sind, nur in so weit verlangen können, als ihr Specialunterpfand, oder der hieraus erlöste Kaufschilling hinreicht. Es folgt ferner, daß jeder Specialgläubiger, sowohl ausdrücklicher als gesetzlich stillschweigender, Bevorzugter oder ohne Vorzug, wenn er gleich in eine frühere Klasse und Stelle kam, dort doch nicht mehr für seine Zahlung fordern könne, als der Werth des Pfandes oder der daraus erlöste Kaufschilling beträgt, wegen des Ueberrestes aber, wenn ihm sonst kein Generalunterpfand zukömmt, denjenigen gleich zu halten sey, welche für ihre Foderungen keine Si-

cherheit haben; denn die Ordnung der Klassen bestimmt blos den Vorzug in dem Zuge; der Werth oder der erlöste Kaufspreis des Specialpfandes aber bestimmt das Quantum, welches der Specialgläubiger in der ihm angewiesenen Ordnung erhält. *)

Diese aus der rechtlichen Natur eines Specialunterpfandes fliessende Bestimmung hat Baron von Kreittmayr als Verfasser der Gesetze in den Annotationen zu dem Judiciarkodex Kap. 20. §. 1. litt. b. ganz nach der bisher vorgetragenen Ansicht erläutert, ungeachtet sie aus dem Grundtexte nicht deutlich erhellt.

Es müssen also bei einem jeden Konkurse von Pfandrechten folgende zwei wesentliche Punkte berücksichtigt werden, nämlich:

1) Die im 20ten Kapitel der baierischen Gerichtsordnung aufgestellte Prioritätsordnung der General- der Special- und der Faustpfänder, und zwar nach ihrem Vorgange und Alter unter sich, und

2) das Daseyn des General- und Specialpfandes, und der Schätzungswerth, oder der aus demselben erlöste Kaufschilling, als wesentliche Bedingung, auf welcher die Hipothekfoderung beruht, und durch welche sie beschränkt wird. Ist also das Objekt des Specialunterpfandes gar nicht mehr vorhanden, oder reicht der Werth derselben zur Befriedigung der Foderung nicht mehr hin, so kann sich selbst der

---

*) Miltners baierischer Gantproceß Seite 320.

bevorzugte Specialpfandgläubiger nicht mehr an das übrige, ihm aber nicht verhipothecirte Vermögen wenden.

Deswegen sagt Baron v. Schmid ad Edict. Process. tit. 2. Art. 10. Nro. 2 Seite 52:

„Ut proinde his creditoribus valde con-„sultum sit, si praeter specialem hypothe-„cam tacitam, vel expressam, quam vel a „jure accipiunt, vel ipsi sibi paciscuntur, „etiam generalem hypothecam procurent, „ut videlicet post interitum rei sibi specia-„liter obligatae vi generalis hypothe-„cae, in reliquis debitoris bonis, saltem „hypothecariis, se junioribus praeferantur.“

Da also die Special- und Faustpfandsoderungen nur nach dem Quantum des Schätzungswerthes oder des aus dem Specialpfande erlösten Kaufschillings im Konkurse befriedigt werden, so frägt es sich, ob der Richter von Amtswegen schuldig ist, dies in dem Prioritätsurtheil selbst auszusprechen, oder ob es nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime den Creditoren obliegt, die Schätzungen der einzelnen Objecte der Specialunterpfänder ausdrücklich zu verlangen, damit die Specialpfandgläubiger in der Befriedigung ihrer Foderungen auf das Quantum der allenfalls geringern Schätzungssumme oder des erlösten Kaufschillinges zurückgewiesen oder beschränkt werden?

Erhellt das geringere Quantum der Schätzung oder des erlösten Kaufschillings von einem Special- oder Faustpfand aus den verhandelten Akten

von selbst, so zweifle ich nicht, daß der Richter nach der Bestimmung der Gesetze dem Specialpfandgläubiger dieses geringere Quantum zusprechen könne. Erhellt aber dieses geringere Quantum nicht aus den Akten, und ist die Abschätzung von den übrigen Gläubigern nicht verlangt worden, so muß angenommen werden, daß der Werth des Special- oder Faustpfandes der eingedungenen Foderung des Specialpfandbesitzers ganz gleich stehe, und der Richter ist nicht befugt, hierüber von Amtswegen eine Inquisition anzustellen, oder eine officielle Schätzung vorzunehmen, und auf das sich bezeugte mindere Quantum zu erkennen.

Uebrigens lehrt uns die Rechtsgeschichte, daß vor Einführung des römischen Rechtes, sowohl die gesetzlichen als kontraktmäßigen Hipotheken, ohne Ausantwortung des Pfandes in Deutschland ganz unbekannt waren, und daß man nur Faustpfänder kannte, welche noch heutzutage in manchen Orten Deutschlands allen andern Kreditoren vorgezogen werden. Diese schöne deutsche Sitte erhielt den Kredit; weil der Gläubiger höchstens der einfachen Gefahr ausgesetzt war, daß der Verkaufspreis seine Foderungssumme nicht mehr decken dürfte, welcher Gefahr er jedoch durch Vorsicht leicht zuvorkommen konnte. Allein seit der unseligen Einführung des römischen Rechtes ist durch die blos papiernen Versicherungen kein Gläubiger, weder durch Special- oder Faustpfänder noch durch Generalhipotheken mehr gesichert; weil die Faustpfänder ad massam edictalem herausgegeben werden müssen, und unter der ungeheuern Menge von General-

und Specialpfändern blos das Alter entscheidet, bei der ganz vernachläßigten Werthsbestimmung der Gutskomplexe aber die Pfandverschreibungen oft den näher untersuchten Vermögenswerth um zweidrittheil übersteigen, daß oft bei einer Gant, wie die tägliche Erfahrung lehrt, über 30,000 fl. Hipothekschulden ganz zu Verlust gehen, ohne auch nur einen Heller mehr aus der unzureichenden Gantmasse zu erhalten.

Ist es da ein Wunder, wenn man nirgends mehr Kredit findet, und wenn ungeheure Geldsummen der nützlichen Cirkulation zur Belebung der Nationalbeschäftigung entzogen, und unnütz und todt für das Nationalwohl in den Kästen einzelner Privaten aufgehäuft werden, welche einzig und allein nur durch zweckmäßige Kreditanstalten wieder zum Leben und zum Verkehr hervorgerufen werden können?

Es ist zu wünschen, daß die Gesetzgebung diese so wichtige Materie wohl beherzige, und die Vorzüge der Specialhipotheken nach der höheren Ansicht der Erhaltung des Kredits, zur Beförderung der Nationalbeschäftigung und des daraus fließenden Nationalwohls berücksichtige. Diese Vorzüge der Specialhipotheken müssen in denjenigen Ländern den Mangel der nothwendigen Hipotheken-Ordnung ersetzen, in welchen die letztere fast unüberwindlichen Schwierigkeiten unterworfen zu seyn scheint.

VII.

Welche gesetzliche Kautellen müssen bei der Protokollirung der Obligations- und Hipothekbriefe beobachtet werden, damit (ungeachtet der denselben sonst beigefügten Verzicht auf die exceptio non numeratae pecuniae) diese Einwendung nicht statt finde?

Man hält in dem gewöhnlichen Leben, sowohl bei obrigkeitlichen als bei aussergerichtlichen Schuld- und Hipothek-Briefserrichtungen der Siegelmäßigen es für hinreichend, der exceptio non numeratae pecuniae dadurch zu begegnen, wenn man dem Geld- oder Kapitalsempfänger in der Urkunde oder in dem Empfangsscheine das Bekenntniß des Geldempfanges abfodert, und dasselbe protokolliren oder dem Instrumente einverleiben läßt; und die Gerichtspraxis glaubt endlich jede mögliche

Einwendung dadurch zu entfernen, wenn sie die Renuntiation des Geldempfängers auf die exceptio non numeratae pecuniae dem nämlichen Protokolle beifügt.

Allein durch alle diese Vorsichtsmaaßregeln ist der exceptio non numeratae pecuniae und ihren gesetzlichen Wirkungen noch nicht vorgebeugt.

Nur in folgenden drei Fällen hat nach Cod. civ. 4r Th. Kap. 11. §. 6. die exceptio non numeratae pecuniae bei Schuld- und Hipothekbriefen nicht mehr statt, nämlich:

1) Wenn über die erste Bescheinung nachher eine weitere der nämlichen Post halber ausgestellt, oder der Empfang in anderweg mit Worten oder Werken neuerdings agnoscirt und bestättigt wird.

2) Wenn die Obrigkeit, der Notarius, oder die Gezeugen, vor welchen der chirographus oder das Instrument errichtet wurde, ausdrüklich hierin attestiren, daß die Erlage in ihrer Gegenwart geschehen sey; oder

3) Wenn auf die querelam oder exceptionem non numeratae pecuniae specialiter, jedoch nicht in der nämlichen, sondern in einer andern nachfolgenden Bescheinung, oder sonst erweislichermaßen erst hernach renuncirt wurde.

Sollen also die gewöhnlichen beim Amte zu protokollirenden Obligations- und Hipothekbriefe die Kapitalsdarleiher gegen die exceptio non numeratae pecuniae von Seite des Geldem-

pfängers schützen, so ist die wichtige Kautell nie zu vernachläßigen

„daß das Gelddarlehen in Gegenwart „der Obrigkeit (also beim Amte selbst) „baar aufgezählt, und sodann in dem „Protokolle oder bei der Protokolli= „rung des Obligations und Hipo= „thekbriefes ausdrücklich attestirt „werde, daß die Erlage richtig und in „Gegenwart der Obrigkeit selbst ge= „schehen sey.

Ist die Kautell der baaren Erlage des Geld- darlehens in Gegenwart der Obrigkeit, und die ausdrückliche Protokollirung der Attestation hier= über dem Schuldbriefsprotokoll nicht beigefügt worden; so übrigt zur Entfernung der exceptio non numeratae pecuniae nichts weiters, als daß die wiederholte Agnition und die Renuncia= tion auf die exceptio non numeratae pecuniae oder die Quittung über den richtigen Geldem= pfang in Bezug auf den früher ausgestell= ten Obligations= und Hipothekbrief dem Amts= protokolle einverleibt werde, wenn man anders, besonders in concursu, der Einwendung der Gantgläubiger enthoben seyn will.

VIII.

Von der Gültigkeit der aussergerichtlichen Bürgschaften bei gemeinen Bürgern, und von der gänzlichen Ungültigkeit derselben bei Bauern.

Sehr häufig sehen wir in den Gerichtsstuben den Fall abhandeln:

Der Bauer Peter N. klagt den Bauer Paul N., daß er ihm für den Bauern Lorenz N. um 500 fl. mündliche Bürgschaft geleistet habe, und ihn nunmehr bezahlen müsse, weil der Bauer Lorenz N. vergantet wurde, ohne daß der Kläger aus der Gantmasse die 500 fl. erhalten konnte.

Da der beklagte Bauer Paul N. die geleistete Bürgschaft nicht in Abrede stellen kann, sohin dieselbe einbekennt, so wird er von dem Richter in die Bezahlung der 500 fl. verurtheilt, und der Beklagte bezahlt auch die 500 fl. richtig,

in der Ueberzeugung, daß er bei seinem vorliegenden Bekenntnisse durch eine weitere Berufung schlechterdings kein anderes Urtheil bewirken könnte, und dieses kondemnirende Urtheil ganz den Landesgesetzen gemäß sey.

Es ist also nichts seltenes, daß in den Gerichtsstuben gemeine Bürger und Bauern in die Bezahlung der Summen aus blos mündlichen Bürgschaften verurtheilt werden, indem man dergleichen mündliche Bürgschaften blos nach der Natur anderer mündlicher Kontrakte, und nach dem bekannten Spruche beurtheilt: verba ligant homines, taurorum cornua funes.

Allein man vergißt hier, daß dergleichen blos mündliche und aussergerichtliche Bürgschaften von gemeinen Bürgern und Bauern ohne obrigkeitliche Authorität und Protokollirung ganz und gar ungültig seyen.

Das Civilgesetzbuch 4r Th. Kap. 10. §. 4. bestimmt nämlich:

„Die Bürgschaft gilt nach hiesigen Landrechten bei gemeinen (schlechten) Bürgern und Bauern andergestalt nicht, als wenn sie 1mo von des Bürgers ordentlicher Obrigkeit nach vorläufiger Einsicht aller Umstände und nöthiger Erinnerung verbrieft, oder in Schulden unter 50 fl. wenigst protokollirt und eingeschrieben ist; dessen sich auch 2do weder der Bürg verzeihen, noch der Kreditor ohne willkürlicher Strafe auf dergleichen ungültige Verzicht berufen mag.

„Bezieht sich (4to) gegenwärtiger Jus nicht „auf vornehmere Bürger, vielweniger auf siegel„mäßige Personen, oder ausser Landes errichtete „Bürgschaften.

„Sind (5to) unter vornehmeren Bürgern zu„vörderst die Rathsglieder, sodann auch in Haupt„oder andern Städten die Handelsleute, Wein„schenke, Procuratores und alle jene begriffen, „von welchen zu muthmaßen ist, daß sie „sich so leicht nicht hintergehen lassen."

Um den Sinn dieser Gesetzesstelle recht zu verstehen, müssen wir zuerst untersuchen, ob das Verboth der Bürgschaft nach §. 4. nur auf die gemeinen schlechten Bürger und die gemeinen schlechten Bauern sich beziehe, oder ob es sich auf alle Bauern unbedingt erstrecke. Da der Ausdruck in der Gesetzesstelle „bei gemeinen schlechten Bürgern und Bauern" dunkel scheint, sich aber zugleich auf das hiesige Landrecht bezieht, so müssen wir das Landrecht von 1616 als den besten Kommentar des neueren Landrechtes berathen, welches sehr deutlich bestimmt:

Tit. 14. Art. 7. „Da ein Bauersmann, oder ein gemainer schlechter Burger für Jemand Porg würdet, solche Porgschaft soll nichtig und kraftlos seyn."

Hieraus erhellt also, daß das Verboth der Bürgschaft sich unbedingt auf alle Bauersleute, dagegen nur auf die gemeinen schlechten Bürger erstrecke.

Hieraus folgt also, daß alle mündliche Bürgschaften der Bauersleute ungültig seyen, sohin in den Gerichtsstuben keineswegs darauf erkannt werden dürfe.

Da ferner das Gesetz zwischen den vornehmen und gemeinen schlechten Bürgern den Unterschied darin macht, daß diejenigen Bürger zur vornehmern Klasse gehören, von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich so leicht nicht hintergehen lassen, so kann sich das Urtheil hierüber bei jedem individuellen Falle nur auf die Vermögensumstände, (des schlechten Bürgers) dann auf die Bildung, Erziehung, Beurtheilung, Erfahrung und Gewerbsgeschicklichkeit (als gemeinen Bürgers) stützen.

Baron von Schmid erläutert diese Stelle ad stat. bav. Tit. 1. Art. 7. Nr. 6. auf folgende Art:

„Major difficultas est, quinam cives pro vilibus, et vulgaribus personis habendi sint?“

Quod nos judicis arbitrio remittimus, et ultro fatemur, certam regulam constitui non posse; non ex divitiis, aut opulentia eorum, cum etiam locupletes saepissime ita imperiti, et idiotae sint, ut a multis artificibus et opificibus prudentiâ, judiciò, et rerum agendarum dexteritate et peritia superentur: sed neque respectum habendum esse ad solum judicium aut dexteritatem horum hominum; hoc convincit, cum alias etiam rusticis, et colonis aliquid singulare

constituendum esset, cum certe multos illorum invenerimus, in rebus et processibus judiciariis civibus etiam opulentis peritiores, et magis expertos; utrumque igitur judex in considerationem ducat, tam opulentiam civium, quam illorum judicium et peritiam, et maxime, cujus famae et fidei sint, et utrum comuniter pro talibus habeantur, qui rebus suis prudenter superesse possunt; praesertim, cum ratio prohibitionis, ut diximus, non in sola privatorum hominum utilitate, sed etiam in reipublicae bono et commodo consistat, ne homines per inconsideratas intercessiones depauperentur, et familiae suae, ac in consequentiam Reipublicae magis obquam prosint; quod de locupletibus non ita timendum est, quam de pauperculis, qui subinde peritiae et prudentiae suae magis fidunt, quam, ut Justinianus loquitur, in iis est.

IX.

Von dem wesentlichen Unterschiede des paktirten Pönfalles und des Reugeldes in Kontraventionsfällen bei Kontrakten; insbesondere vom Reukaufe.

Das baierische Landrecht bestimmt in Cod. civ. 4r Th. Kap. 1. §. 11,

„daß die poena conventionalis oder der „Pönfall, welcher auf den Kontraventionsfall „manchmal paktirt und auch entrichtet wird, „den Uebertreter eben so wenig von der Er„füllung der Kontraktsverbindlichkeit befreie, „als die sogenannte arrha conventionalis „oder das sogenannte Wein- Ding- Haftel- „oder Drangeld, ausser soweit per „pactum ein anders beliebt wurde."

Nach dem Wortsinn dieser Gesetzesstelle sollte man glauben, daß auch das Reugeld unter dem Begriff des Pönfalles verstanden sey, zumal

auch das ältere Landrecht von 1616 im 6ten Tit. Art. 3. diese wesentlich verschiedenen Begriffe nicht ausscheidet, sondern blos von Leut-Kauf spricht; dagegen Baron v. Schmid diese Begriffe Nr. 16. ganz konfundirt, indem er sagt:

„Der Pönfall, Reukauf, proprie sunt arrhae „poenales, quae constituuntur in contracti-„bus ad hunc finem, ut, si velint a contractu „recedere, puniantur ammissione arrharum; „et hic specialis finis est in constitutione „arrharum poenalium: sive igitur adjectae „fuerint contractui imperfecto, sive omni-„bus modis absoluto in scriptis, vel sine „scriptis, praesumi debet, contrahentium „intentionem fuisse, ut cuilibet parti re-„cedendi libera facultas competat, ut mo-„do explicavimus.“

Das neuere Civilgesetzbuch vom Jahre 1756 im 4ten Th. Kap. 1. §. 11 bestimmt hingegen, daß keine poena conventionalis, selbst wenn sie entrichtet würde, von der Kontraktsverbindlichkeit befreie, und so glaubte man ganz konsequent zu schließen, daß auch das Reugeld unter dem Pönfalle begriffen sey.

Allein es muß uns nicht wenig befremden, daß die beiden großen Rechtsgelehrten, Baron Schmid und Kreittmayr die in dem täglichen Geschäftsleben so häufig den Kontrakten beigesetzte Bestimmung des Reugeldes und besonders des Reukaufes, welche als pacta adjecta von so wichtigen Folgen sind, nicht näher gewürdigt haben. Die Erfahrung lehrt uns, daß

die Bestimmung des Reugeldes oder Reukaufes als die stillschweigende clausula cassatoria nicht nur in allen Gerichtsstuben die gesetzliche Kraft des Gewohnheitsrechtes (jus consuetudinarium) längst erhalten habe, sondern wir überzeugen uns täglich, daß diese Bestimmung des Reugeldes oder Reukaufes von den wohlthätigsten Folgen sey, indem sie eine Menge der Processe über Kontraktserfüllung im Keim erstickt, die sowohl für den Käufer als für den Verkäufer gleich verderblich zu werden pflegen.

Diese Bestimmung des Reugeldes oder Reukaufes fließt aus dem Charakter des eigenthümlichen Lebens der Deutschen, und entfernt die oft höchst traurigen Folgen, welche mit der Klage ad implementum contractus (Cod. civ. Kap. 15. §. 11. Nr. 2.) verbunden sind, und die ihre zerstörende Wirkung ganz besonders in agronomischen Staaten äußert; denn wie mancher läßt sich zu voreilig in Kaufskontrakte über Realitäten ein, ohne die übernommenen Bedingungen erfüllen zu können, wodurch er sich und den Verkäufer unglücklich macht. Allein der bedungene Reukauf erhält einestheils den Verkäufer wieder auf seinem Anwesen, und gewährt ihm eine billige Entschädigung: anderntheils aber reißt er den unbehutsamen Käufer aus einer Verlegenheit, welche ihn und seine Familie ins Verderben stürzen würde.

Der Gesetzverfasser Freiherr von Kreittmayr hat auch in dieser Materie das praktische Leben nicht ganz übersehen, da er in den Annotationen zum Civilkodex 4r Th. Kap. 1. Nr. 2.

ausdrücklich sagt: „daß der Pönfall von der Erfüllung des Hauptkontraktes nicht befreie, supposito, daß kein anderes ausdrücklich paktirt ist, welchenfalls man den Pönfall ein Reugeld, oder im Kaufen einen Reukauf zu nennen pflegt.“ Lauterbach dissert. de poena conventionali Cap. II. §. 5. Estor deutsches Recht 4150. Wernher obs. 59. T. 3. p. 3.

Lauterbachs Stelle ist folgende:

„Deinde poena haec interdum conventionibus adjicitur tantum ad poenitentiam coercendam, si nimirum quis a contractu vel pacto resiliat et in totum recedit; et haec proprie et in specie vocatur mulcta poenitentialis (Reukauf) quia contractus et conventionis subsistentiam concernit.“

Da endlich der Reukauf nach seiner Natur eine Entschädigung für denjenigen Theil ist, welcher den Contrakt erfüllen will, und derselbe auch zu dem Ende gegeben wird, damit der zu entschädigende Theil die actio ad implementum contractus nicht verfolge, so erhellt, daß die paktirte Reukaufssumme in jedem Falle bezahlt werden müsse, es mag nämlich ein Theil den Kaufskontrakt nicht erfüllen wollen, oder nicht können, in soferne das Nichtkönnen nicht durch fremde Hindernisse veranlaßt worden ist. Wenn also der Käufer mit dem versprochenen Kaufschilling wegen Mangel des Vermögens nicht aufkommen kann, so muß er aus dem Grunde den paktirten Reukauf geben, weil er an dem voreilig geschlossenen Kaufskontrakt selbst Schuld trägt.

X.

Von der für das praktische Leben so wesentlich nothwendigen Ausscheidung der Klagen ex aedilitio edicto und der Hauptklage ex contractu emti venditi.

Da man in dem praktischen Leben die Begriffe von Mangel und Abgange bei einem Kaufsobjekte gerne vermengt; so geschah es, daß auch die Gerichtspraxis diejenigen Klagen, welche aus dem Abgange eines Theiles in dem Kaufsobjekte entsprangen, für eine Klage ex edicto aedilitio hielt, und, indem es die exceptio praescriptionis nach dem Ablaufe von 6 Monaten oder einem Jahre, nach Cod. jud. Kap. 6. §. 9. ex officio supplirte, den Beschädigten mit seiner (allerdings in dem Gesetze gegründeten) Klage abwies. Da dieses gerichtliche Verfahren gegenwärtig beinahe allgemeine Praxis wird, so lohnt es der Mühe, den Irrthum desselben durch eine gründliche Ausscheidung des Begriffes der actio ex aedilitio edicto aufzudecken.

Bekanntlich ist die aus dem Kontrakte selbst fliessende actio emti venditi als Hauptklage eine actio perpetua, welche 30 Jahre lang dauert.

Diese gilt also bei den Kaufskontrakten als Regel, und zielt auf die Uebergabe des Kaufobjektes gegen die Erlage des Kaufschillings, oder auf die Berichtigung der wegen dem Kaufsobjekt und Kaufschilling entstandenen Differenzen hin.

Selbst die querela enormis laesionis oder das sogenannte remedium leg. Cod. de rescind. Vend., die sich aus einer Ungleichheit circa valorem et praetium rei ergiebt, und eine laesio enormis et ultra dimidium voraussetzt, dauert 30 Jahre und ist perpetua.

Dagegen ist das aedilitium edictum nur als eine Ausnahme zu betrachten, sohin strictissimae interpretationis, und dauert auch als actio redhibitoria nur 6 Monate, a die extraditionis (ausgenommen bei Verkäufen) und als actio quanti minoris ein Jahr.

Wir wollen nun die rechtliche Natur des aedilitium edictum untersuchen, und seine Anwendung zeigen.

Das edictum aedilitium danket sein Entstehen den römischen Aedilen, welche die Polizeiaufsicht hatten, und die Absicht dieses edictum war, auf dem Markte und im Handel und Wandel Unredlichkeit und Unrichtigkeit unter den spitzfindigen und raffinirten Römern zu vermeiden.

Indessen erstrekte sich die Klage aus diesem Edicte nicht auf die Erfüllung eines Kaufkontraktes noch auf eine Läsion, welche sich circa valorem et pretium rei ergiebt, sondern es beschränkte sich einzig und allein auf die Läsion, welche ex vitio rei herrührt.

Das L. 1. §. 1. D. de aedilit. edicto sagt: „Wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zurücknehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und einen Theil des Kaufschillings zurückgeben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Gebrauch und Werth durch die geheimen Mängel vermindert wird.“ Höpfners Kommentar, Seite 79. „Der Begriff des vitium (Fehler) wird durch das L. 1. §. 7. D. auf folgende Art bestimmt: „Vitium nil aliud est, quam affectus praeter rei naturam, qui impedit rei usum, vel illum deteriorem facit.“

Das Civilgesetzbuch 4r Th. Kap. 3. §. 24 und 25, dann die Anmerkungen bestimmen, daß dieses Edict einen dem Kontrakt vorausgehenden, einen heimlichen und dem Käufer zur Zeit des Kontraktes noch nicht bekannt gewesenen, endlich einen solchen Mangel (Fehler) voraussetze, welcher den Gebrauch der Sache entweder gänzlich hemmt, oder doch merklich verschlimmert.

Wenn wir den bisher angeführten Begriff des vitii rei, welches das aedilitium edictum wesentlich voraussetzt, strenger prüfen, so finden wir, daß dieser Fehler in der Natur und dem Wesen des Kaufsobjektes selbst liegen müsse, und

nicht in der Handlung des Verkäufers aufgesucht werden dürfe.

Wenn also Jemand 10 Tagwerke Wiesen taxationis causa erkauft, und sich nachher zeigt, daß die erkaufte Fläche nur 8 Tagwerke halte; so bezeugt sich zwar an dem Quantum der Fläche ein Abgang oder Mangel (nach dem allgemeinen, also nicht gesetzlichen, aber zugleich unrichtigen Ausdrucke) allein es bezeugt sich kein Fehler in dem Wiesengrunde, oder an dem Gebrauche der Substanz des Kaufsobjektes selbst.

Die Gerichtspraxis wendet also in diesem Falle ganz unrichtig das edictum aedilitium an. Ganz anders wäre der Fall, wenn diese Wiese gegen die Angabe, statt zweimädig nur eine Mooswiese und mit unfruchtbaren Kräutern angefüllt, sohin unfruchtbar wäre, oder wenn dieselbe als ludeigen angegeben worden wäre, und sich nachhin zeigte, daß sie erbrechtbar, oder mit Stift und Gilt, oder mit Servituten beschwert sey. In diesen Fällen wird der Gebrauch des Kaufsobjektes entweder gänzlich gehemmt, oder verschlimmert, und der Fall eignete sich allerdings zu dem aedilitium edictum.

Nach diesem wahren Sinn des vitium muß also die Stelle des Freih. v. Kreittmayr in den Annot. zum Civilkodex 4r Th. Kap. 3. §. 25. Nr. 11 am Ende erklärt werden, wo er sagt:

„Es giebt zwar auch, Stryk §. 52., den Rath, daß derjenige, welcher actionem redhibitoriam vel estimatoriam hat verschlaffen lassen, statt derselben actionem emti venditi an-

stellen soll, weil es actio perpetua ist, welche 30 Jahre lang dauert. Gleichwie aber actio emti venditi, welche propter rem vitiosam angestellt wird, in der That nichts anders als actio redhibitoria vel aestimatoria ist, oder wenigst die Natur dieser beiden Letztern so weit annimmt, daß sie ex perpetua temporalis werde, (Lauterbach §. 34. cum Hahn, Bachov, Gasser) so langt man mit Strykius Rath nicht hinaus."

Aus dieser Erklärung folgt also unser oben aufgestellter Satz wieder, daß es nicht auf die Wahl der Klage ankomme, sondern daß alles von dem Grund der Klage abhänge. Liegt also der Klage ein vitium (Fehler) in der Substanz und Natur des Kaufsobjektes selbst zum Grunde, welcher Fehler den Gebrauch der Sache ganz hemmt, oder merklich verschlimmert, so ist die Klage ex aedilitio edicto begründet, und dieselbe inner 6 resp. 12 Monaten von Seite des Käufers verjährt. Gründet sich aber die Klage auf einen Abgang, z. B. an der Fläche des erkauften Grundes, oder auf den Mangel des Versprechens von Seite des Verkäufers (nicht also auf einen Fehler, der in der Sache und im Gebrauche selbst sich befindet) oder endlich auf einem enormen Mißverhältniße des paktirten Kaufschillinges und Werthes des erkauften Objektes, so hat die Klage aus dem Hauptkontrakte selbst, oder die quaerela laesionis enormis statt, welche beide 30 Jahre lang dauern.

Wir finden also die Anwendung des aedilitium edictum in der Ursache und in der Ab-

sicht des Entstehens desselben selbst beschränkt. Die römischen Aedilen wollten nämlich durch dasselbe in dem gewöhnlichen Handel und Wandel die öffentliche Sicherheit und den Kredit gegen die verschwiegenen heimlichen Fehler in der Substanz der Sache selbst aufrecht erhalten; ihre Absicht war also keineswegs, durch dieses nur so kurze Zeit dauernde edictum die 30 Jahre lang dauernde Klage ex contractu emti venditi aufzuheben.

Zwar ist es richtig, daß der Verkäufer nach Cod. civ. 4r Th. Kap. 4. §. 5. Nr. 3. bei dem Verkaufe ad mensuram, wenn er von den specificirten und taxationis causa verkauften Stücken zuviel angegeben hat, den sich hieran bezeigenden Abgang gewehren und vergüten müsse; allein dieses zu vergütende quantum minoris pretii kann nicht durch die Klage ex edicto aedilitio zurückverlangt werden, sondern durch die Hauptklage emti venditi, und diese kann, wie jede aus einem Kontrakte fliessende Klage, in einem Zeitraume von vollen 30 Jahren gegen den Verkäufer gestellt werden; denn sie geht aus der Natur des Kontraktes selbst, und nicht aus einem der erkauften Sache anklebenden vitium hervor.

Ueber diese Gewehrung und Vergütung drücket sich das Landrecht von 1616 in Uebereinstimmung mit dem neuern Civilgesetzbuche, sehr einfach so aus:

„Tit. 6. Art. 6. Verkauft Jemand dem Andern Aecker, Wiesen, Holz, oder dergleichen Stücke, und sagt, es habe soviel, oder sovie

Juchart, Pifang oder Tagwerke, so muß er dem Käufer auch soviel gewehren; er hätte denn gesagt, er wüste es nicht für gewiß, sondern verkaufe ihm den Grund, wie er vorliegt. Hat aber der Grund mehr Juchart, Pifang oder Tagwerk, dann der Verkäufer angezeigt, so ist der Käufer deßwegen etwas weiters zu bezahlen nicht schuldig, es hätte denn der Verkäufer gesagt, daß der Grund gemessen, und für jede Juchart, Tagwerk, Pifang ein gewisses Geld bezahlt werden soll.“ *)

Hierüber sagt Baron von Schmid in seinem Kommentar ad stat. bav. Tit. 6. §. 6. Nr. 6:

„Et sic dicendum est de aliis rebus v. g. de vendito agro, vel prato, quod venditor asserit esse triginta jugerum, et postmodum ager in dimensione invenitur tantum 20 jugeribus: Certe emptor tertiam partem de pretio convento retinere potest.“ l. qui fundum § qui agrum ff. de contr. empt.

---

*) Ich habe diese, von dem gemeinen Rechte abweichende Gesetzesstelle aus dem Grunde angeführt, weil sie in der Praxis häufige Anwendung findet.

XI.

Von dem Anfange und der Vollendung der Verjährungszeit bei den perpetuirlichen Klagen, obgleich der Beklagte in mala fide ist. Insbesondere von der Verjährung der Klagen aus Gelddarlehen, der actio communi dividundo, familiae erciscundae, und wegen des Wiederkaufes oder der Wiederlösung.

Die Ursache, warum die Klagen, welche dreissig Jahre dauern, actiones perpetuae heissen, liegt darin; weil diese Klagen nach römischem Rechte anfangs wirklich ewig, daß heißt, in keinen Zeitraum eingeschränkt waren. Theodosius der jüngere schrieb ihnen eine Frist von 30 Jahren vor; aber ihr alter Name (actiones perpetuae) blieb noch.

Das Gesetz sagt, glaubst du eine Klage zu haben, so stelle sie in Jahresfrist von 30 Jahren

an, damit die Sache sich pro und contra gehörig abmachen lasse, die Hauptbeweise unterdessen nicht verlohren gehen, der Proceß eher entschieden werden könne, und besonders auch dem Beklagten, wenn er etwa rechtliche Einreden hätte, die Beweise derselben nicht unmöglich werden.

Es ist bei Einführung der Verjährung die Absicht der Gesetze keineswegs, das Unrecht zu schützen, sondern blos vorzusehen, daß die Prozeße nicht ewig dauern, und daß die Sicherheit des Privateigenthums begründet werde.

Ueber die Verjährung der Klagen bestimmt die baierische Gerichtsordnung Kap. 4. §. 3. folgendes:

„Alle actiones erlöschen von der Zeit an, da sie hätten gestellt werden mögen, regulariter mit 30 Jahren, wo keine längere oder kürzere Zeit besonders bestimmt ist. Nach Ablauf derselben greift die Klage unter dem Vorwande, daß der andere Theil gute Wissenschaft davon gehabt habe, nicht mehr Platz, es sey denn zu erweisen, daß man die ganze Zeit über an der Klage gehindert, oder der Gegentheil ermahnt worden. Uebrigens ist eins, ob die Klage für sich selbst erlösche, oder durch eine standhafte Einrede entkräftet werde.“

Da der Ausdruck des Gesetzes dunkel scheint, daß nämlich alle actiones von der Zeit an erlöschen, da sie hätten gestellt werden mögen, so lohnt es der Mühe, den Sinn dieser

Gesetzesstelle aus der rechtlichen Natur derselben deutlicher zu entwickeln.

Die Verjährungszeit bei den Klagen fängt von der Zeit an, da die Klage entsteht, (actio nondum nata nondum currit) z. B. die Verjährungszeit bei der Rei-Vindikation fängt von dem Augenblicke an, da meine Sache in fremde Hände kommt; bei der actione emti, von dem Tage, da der Kauf abgeschlossen worden ist.

Die Verjährung der actio pignoratitia directa kann natürlich nicht eher, als nach bezahlter Pfandschuld statt finden; denn erst dann ist actio nata; wie ist es aber bei dem Darlehen, wann fängt die Verjährung der condictionis ex mutuo zu laufen an, wenn kein bestimmter Termin der Zurückzahlung festgesetzt wurde? Läuft die Präscriptionszeit nicht eher, als bis der Schuldner gemahnt worden ist, sohin im widerrechtlichen Zustande sich befindet, oder ist actio nata schon an dem Tage vorhanden, als das Darlehen gegeben wurde? So lange der Gläubiger das Gelddarlehen nicht zurückverlangt, so lange befindet sich der Schuldner freilich in keinem widerrechtlichen Zustande. Aber mit dem Augenblicke, da der Gläubiger das Darlehen verlangen kann, oder da er sagen kann: dies cedit et venit, ist seine actio nata; und nun muß auch die Verjährung der Klage ihren Lauf beginnen, weil alle Gründe, worauf die Verjährung beruht, alsdann anwendbar sind. Es würde also die Behauptung dem Grundsatze des Gesetzes widersprechen, daß die Verjährung con-

dictionis certi ex mutuo in Fällen, wo keine Zahlungszeit bestimmt ist, erst dann anfange, wenn der Kreditor gemahnt, und der Schuldner sich geweigert hat zu bezahlen.

Diesem Grundsatze huldigt auch die baierische Gerichtsordnung Kap. 4. §. 3. ganz, jedoch gestattet dieselbe eine Unterbrechung in dem Falle, wenn der Kläger beweisen kann, daß der Gegentheil ermahnt worden sey; denn durch diese Ermahnung kommt der Gegentheil in einen widerrechtlichen Zustand. Ist aber die Ermahnung nicht geschehen, oder kann Kläger nicht beweisen, daß er die ganze Zeit über an der Klage gehindert wurde, so ist nach dem Ablaufe von 30 Jahren die Verjährungszeit der Klagen vollendet, und dieselben greifen auch in dem Falle nicht mehr Platz, wenn gleich bewiesen werden kann, daß der Gegentheil gute Wissenschaft davon hatte, sohin in mala fide sich befinde.

Wenn aber die Klagen aus Gelddarlehen ebenfalls in 30 Jahren sich verjähren, wie steht es wohl mit den Ewigkapitalien, oder mit andern Kapitalsfoderungen, wenn sie inner dem Verjährungstermin von 30 Jahren nicht eingeklagt wurden, oder nicht erwiesen werden kann, daß der Schuldner ermahnt wurde?

Die Antwort auf diese Frage finden wir in folgendem Rechtsgrundsatze:

„Solange gegenseitig mein Recht durch Handlungen anerkannt wird, brauche ich es „nicht zu verfolgen, und hier läuft mir also die Verjährung nicht.

Daher actio communi dividundo oder familiae erciscundae solange, als die Gemeinheit unter den Mitinteressenten gegenseitig zugestanden wird, keiner Verjährung unterworfen ist; ebenso auch die Klage aus dem Darlehen nicht, solange der Schuldner Zinsen bezahlt. L. 7. §. 5. L. 8. §. 4. Cod. de praescript. XXX et XL Annor.

Die Verjährung der Klagen aus Gelddarlehen ist also nur alsdann vollendet, wenn inner dem Zeitraum von 30 Jahren weder Zinsen noch Kapital verlangt und bezahlt wurden; und in diesem Falle allein hat die Klage selbst dann nicht mehr statt, wenn gleich der Schuldner von diesem Gelddarlehen gute Wissenschaft hatte.

Ganz abweichend von dem bisher angeführten Rechtsgrundsatze bestimmt das baierische Landrecht bei dem pacto retrovenditionis 4r Th. Kap. 4. §. 5. Nr. 11. daß gar keine Verjährung gegen die paktirte Wiederlösung statt habe, wenn dieselbe auf beständig oder auf unbenannte Zeit stipulirt wurde.

Diese Gesetzesstelle ist ganz aus dem ältern Landrechte von 1616 Tit. 7. Art. 1 in das neuere Landrecht herübergetragen worden; und als Gesetzesgrund wird vom Baron v. Schmid ad Tit. 7. Art. 1. Nr. 16 angegeben, daß die Wiederlösung res merae facultatis, sohin keiner Verjährung unterworfen sey: welche ratio legis aber Freiherr v. Kreittmayr verwirft, und in Not. Nr. 16 die perpetua mala fides des Käufers als die Ursache der Unverjährbarkeit der Klage wegen Wiederlösung unterstellt.

Indessen theilen sich die Rechtsgelehrten in ihren Meinungen, und soviel ist richtig, daß mit dem Augenblicke, da der Verkäufer den Wiederkauf verlangen, da er sagen kann: dies cedit et venit, auch seine actio nata ist. Warum soll also die Verjährung der Klage nicht auch hier ihre Anwendung finden, da alle Gründe, worauf die Verjährung beruht, alsdann anwendbar sind, und die baierische Gerichtsordnung selbst Kap. 4. §. 3. die Verjährung ungeachtet der guten Wissenschaft (mala fides) von Seite des Gegentheils ausdrücklich zuläßt.

Die Zurückführung dieser sonderbaren Ausnahme zur allgemeinen Regel ist also bei einer künftigen Gesetzesrevision um so mehr zu wünschen, als die Sicherheit des Eigenthums von Grund und Boden die erste und unerläßliche Bedingung der Kultur in einem Lande der Agronomie ist, wie ich anderswo ausführlicher hievon gesprochen habe; denn wer wird wohl so thörigt seyn, auf die Kultur einer Erdfläche bedeutende Kösten zu verwenden, wenn er wegen der Wiederlösung keinen Tag gesichert ist? Im Gegentheil wird so ein Gut oder Grundstück immer stiefmütterlich behandelt, weil es keinen sichern Eigenthümer hat.

Daher scheint mir das Gesetz allerdings für den Nationalwohlstand wohlthätig, durch welches die Verjährung der durch Kauf erworbenen Realitäten auf die Hälfte der Verjährungszeit, nämlich auf 5 resp. 10 Jahren herabgesetzt worden ist; so wenig ich übrigens diese herabgesetzte Verjährungszeit auch auf bewegliche Objekte angeordnet wünsche.

XII.

Welche Einwendungen und Exceptionen haben in dem Exekutiv-Processe statt?

Die baierische Gerichtsordnung erwähnt des so wichtigen Exekutiv-Processes in dem einzigen Nummer 5 des 3ten Kapitels 3. §. indem sie sagt:

„Mag in verbrieft und liquiden „Schuldfoderungen, woraus sowohl das Quantum, oder (und) Quale, nebst der Person des „Schuldners und Gläubigers genugsam erscheint, „die Klage kommunizirt werden, man soll aber „auch allzeit zugleich eine Kommission ad producendum originale anberaumen, und wenn „hierbei das Instrument weder diffitirt, noch durch „andere rechtserhebliche, und in continenti liquidirliche Einwendungen abgeleint werden kann, „ohne weiters zur Exekution schreiten, und all „übriges, was altioris indaginis ist, gleichwohl

„praestita cautione ad seperatum processum „verweisen.“

Allein der praktische Geschäftsmann vermißt in dieser kurzen Gesetzesstelle folgende, erst aus den Annotationen und dem ältern summarischen Processe vom Jahre 1616 nachzutragende nähere Bestimmung der Zweifel, nämlich:

1) Welche Liquidität des öffentlichen oder Privatinstrumentes erfoderlich sey, damit der Richter auf die Kommission ad producendum erkennen könne?

2) Welche Einwendung bei der Einsicht des Instrumentes statt finden: wenn dasselbe wirklich rekognoscirt wird: oder als instrumentum publicum nur inspicirt werden darf?

3) Welche Exceptionen und welcher Gegenbeweis gegen ein rekognoscirtes und inspicirtes Instrument statt finden, und welche Beweismittel gebraucht werden dürfen?

4) Welches gerichtliche Verfahren endlich bei der Diffission der Urkunden, sowohl bei dem Kläger als Beklagten bestehe?

Ad 1) Damit der Richter bei der Kommunikation der Klage nach Cod. jud. Kap. 3. §. 3. Nr. 5. zugleich eine Kommission ad producendum originale anberaumen könne, muß 1) die Foderung auf eine öffentliche oder Privaturkunde sich gründen, 2) dieselbe in Abschrift der Klage angelegt werden, 3) aus dem Instrumente erhellen, quid, quale, quantum, a quo et cui debeatur. 4) Muß die causa debendi spe-

cialis ausgedrücket seyn; denn obgleich der Abgang derselben nach Cod. jud. Kap. 11. §. 9. Nr. 3. et in Not. kein Essentialfehler des Instrumentes selbst ist, so fodert doch schon der summarische Proceß von 1616 Art. 5. die ausdrückliche Bestimmung der causa debendi zur Bewirkung einer paratae executionis. Daher sagt Baron v. Schmid Nr. 3. Debitum liquidum nullo modo potest dici, quod certam causam debendi non continet. 6) Darf das Instrument kein referens sine relato seyn. 7) Muß die Foderung bereits verfallen, sohin der Aufkündigungstermin eines Kapitals bereits verflossen, oder die Bedingung erfüllt, und beides nachgewiesen seyn. 8) Muß bei einer cedirten Foderung das Cessionsinstrument selbst beigefügt werden. 9) Ferner muß die Zahlzeit bestimmt erhellen, weil die Klausel „sobald als möglich" die Zeit nicht ausdrücket. 10) Endlich muß der Kläger nicht nur den allenfallsigen rechtserheblichen dilatorischen Einwendungen durch vorläufigen Beweis zuvorgekommen seyn, sondern er muß auch das petitum auf die Productions-Kommission in processu executivo stellen; weil er durch das petitum, „daß die Klage dem Beklagten zu seiner Verantwortung zugeschlossen werde" sich des Exekutiv-Processes ipso facto begeben würde.

Ad 2) Sowohl ein öffentliches als ein Privatdokument kann mit sichtigen Mängeln behaftet seyn, wenn gleich die Ausstellung und die Unterschrift desselben nicht in Abrede gestellt werden kann. Dergleichen Mängel, welche gleich aus der Einsicht des Dokumentes in die Augen fallen, z. B. Rasuren, Nachträge, Beisätze von verschiedener

Hand und Dinte, Abänderung der Summen ꝛc. machen das Instrument verdächtig, fodern einen weitern Beweis, und hindern wegen Illiquidität des Instrumentes den Exekutiv-Proceß. Indessen werden nach Cod. jud. Cap. 11. §. 9. Nr. 4. et Not. diese Mängel eines Dokumentes nicht von Amtswegen attendirt, sondern es liegt der Parthei ob, den Defekt zu akkusiren, und das Dokument deswegen zu bestreiten.

Ad 3) Gegen das in Abschrift kommunizirte, und bei der Kommission zur Rekognition oder Inspektion vorgelegte Dokument haben solche rechtserhebliche Exceptionen statt, welche entweder

a) das onus probandi selbst auf den Kläger und Producenten schieben, z. B. die exceptio non adimpleti contractus in contractibus bilateralibus, oder die exceptio non numeratae pecuniae intra biennium; oder

b) welche als dilatorisch oder peremtorisch nach Cod. jud. Kap. 3. §. 3. Nr. 5. rechtserheblich, und nach dem gesetzlichen Erfoderniß in continenti liquidirlich sind.

Gründet sich also die Exception auf ein factum, wodurch der anerkannte Klaggrund als unstatthaft erklärt wird, so muß der Gegenbeweis ebenfalls durch eine liquide Urkunde geführt werden, wie wir oben bei dem Kläger gehört haben.

Gleichwie also der Kläger in dem Exekutiv-Processe den Beweis lediglich durch liquide Urkunden, und nicht durch Gezeugen oder die De-

lation des Juramentes führen muß, ebenso muß auch der Beklagte den Beweis über die faktischen Einreden nach Cod. jud. Cap. 9. §. 12. litt. a. in Notis per documenta liquida machen; und es ist weder von Seite des Klägers noch des Beklagten die Beweis- und Gegenbeweisführung durch Gezeugen oder die Delation des Eides in dem Exekutiv-Processe zuläßig; weil die Beweisführung durch Zeugen, wegen der Produzirung derselben, wegen der Citation der Theile ad videndum et audiendum jurare testes, dandum interrogatoria, wegen Publicirung der Zeugenaussagen ꝛc., bei der Delation des Juramentes hingegen, wegen Uebergebung der Eidesformel, wegen der Annahme der Zurückschiebung desselben ꝛc. die Beweisführung zu weitschichtig würde, sohin gegen die Natur des Executiv-Processes wäre. Es bleibt also hier bei dem allgemeinen Rechtssatze: quod jura partium sint equalia.

Zwar scheint es auffallend, daß bei der Gegenbeweisführung in dem Exekutiv-Proceß die Eidesdelation nicht zuläßig sey, da diese doch den beklagten Wechselschuldnern nach der Wechselordnung §. 4. Seite 40, gegönnt ist; allein der Exekutiv-Proceß hat vor dem Wechsel-Proceß das ganz Eigene für sich, daß bis zur Erprobung der ad separatum verwiesenen Einreden altioris indaginis eine hinlängliche Kaution vom Kläger, wenn er ein obsiegliches Urtheil erhält, geleistet werden muß.

Ad 4) Diffitirt der Schuldner das producirte Privatdokument, (documenta publica leiden nach Cod. jud. Kap. 11. §. 8. Nr. 4. keine

Diffession) so hängt es von der Erklärung des Producenten ab, ob

a) Diffitent seine Diffession mit einem körperlichen Eide sub poenâ recogniti nach Cod. jud. Kap. 11. §. 8. Nr. 6. dahin erhärten soll, daß er das Dokument weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, oder unterzeichnet, minder solches durch einen andern wissentlich habe thun lassen, mithin besagtes Dokument für das Seinige weder erkenne noch jemals erkannt habe.

Da dieser Diffessionseid lediglich eine Folge der Diffession selbst ist, so hat derselbe in dem Exekutiv-Processe statt. Oder

b) Es geht die Erklärung des Producenten dahin, daß er den Inhalt des diffitirten Dokumentes nach Cod. jud. Kap. 11. §. 8. Nr. 1. auf eine andere Art, z. B. durch Zeugen, Comparatio litterarum, adminicula oder das juramentum beweisen wolle. In diesem Falle wird der ganze Streitgegenstand ad separatum processum verwiesen; und da die producirte Urkunde durch eine bloße unbeschworne Diffession nicht als unkräftig erklärt werden kann, so kann sie zu dem Beweise in processu ordinario noch gebraucht werden, insofern nämlich der Producent nach Cod. jud. Kap. 11. §. 8. Nr. 1. zu beweisen sucht, daß das diffitirte Instrument von dem Aussteller selbst, oder mit seinem Wissen und Willen von einem andern gefertigt, oder sonst für das Seinige schon einmal mit Worten oder Werken erkannt worden sey.

Wie ist aber zu erkennen, wenn an dem vom Richter bestimmten Productionstage weder der Producent noch der Produkt erschienen sind, sohin die Produktion verabsäumt wurde.

In diesem Falle glauben Einige, daß die Tagsfahrt zur Production noch einmal angesetzt werden müsse; weil beide Theile ungehorsam ausgeblieben sind. Allein die baier. Gerichtsordnung Kap. 11. §. 5. Nr. 4. bestimmt ausdrücklich, daß das Dokument ipso facto für verworfen zu halten ist, wenn die Production an dem durch die Obrigkeit bestimmten Tage von Seite des Producenten verabsäumt worden ist.

Da nun in diesem Falle anzunehmen ist, daß der ausgebliebene Produkt durch sein Ausbleiben die Urkunde anerkannt hätte, wenn der Producent an der peremtorisch bestimmten Tagsfahrt hätte produciren können oder wollen, so folgt, daß das nicht producirte Dokument wegen der Versäumniß des Producenten ipso facto für verworfen zu erklären sey, und die Folge ist, daß ein für verworfen erklärtes Dokument nie mehr als Beweismittel in processu separato könne gebraucht werden.

XIII.

Wie verfährt die Praxis gewöhnlich bei der Klage ex lege diffamari, und ex lege si contendat, und wie soll sie verfahren?

I.

Actio ex lege diffamari.

Wir bemerken in der Praxis bei der Klagestellung ex lege diffamari häufig folgendes Verfahren der Gerichtsbehörden:

Der Richter schließt nämlich die Klage des Diffamaten nach dem gewöhnlichen petitum desselben dem Diffamanten mit dem Auftrage hinaus, daß letzterer in dem bestimmten peremtorischen Termine, unter Androhung des ewigen Stillschweigens mit seiner Klage einkomme. Ant=

wortet nun der Diffamant nicht, so spricht der Richter auf Instanz des Diffamaten oder Provokanten gegen den Diffamanten oder Provokaten das Urtheil des ewigen Stillschweigens aus, wodurch also der Verurtheilte seines allenfallsigen Anspruches für verlustig erklärt wird.

Allein dieses in der Praxis übliche Verfahren ist ganz der gesetzlichen Bestimmung Cod. jud. Kap. 4. §. 5. entgegen, nach welcher das judicium diffamatorium von dem judicium causae principalis wesentlich unterschieden werden muß.

Bei jedem judicium nun, es mag dasselbe entweder nur praeparatorium (wie dieß das judicium diffamatorium wirklich ist) oder auch das judicium in causa principali seyn, muß der Rechtsgrundsatz: audiatur et altera pars, bei Vermeidung der Nichtigkeit des richterlichen Urtheils befolgt werden.

Das gesetzliche Verfahren bei dem judicium diffamatorium ist also folgendes:

Die Provokationsklage, in welcher der Provokant bittet, daß der Diffamant bei Vermeidung des ewigen Stillschweigens zur Klage und zum Beweise der angeblichen Diffamation angehalten werde, muß vor allen dem Provokaten zur Verantwortung und zur Abgebung seiner Erinnerung hinausgeschlossen werden, damit vorerst hergestellt werde, ob der Provokat die angeschuldigte Diffamation einbekenne oder widerspreche. Im letzten Falle muß Provokant die widersprochene Diffamation wenigst summarie beweisen, d. h. dieselbe wahrscheinlich

darthun. Sobald nun die Diffamation eingestanden, oder summarie bewiesen ist, so geschieht dem Provokaten durch ein Urtheil der Auftrag, daß er schuldig sey, inner einem peremtorischen Termin bei Strafe des ewigen Stillschweigens in der Hauptsache Klage zu stellen.

Diese vorläufige Verhandlung, welche über das punctum diffamationis, und dessen genugsame Instruirung und das Urtheil ergeht, ist das judicium diffamatorium et praeparatorium, und darin ist der Diffamat Kläger.

Stellt nun der Diffamant oder Provokat auf das gegen ihn gefällte Urtheil die Klage in der Hauptsache, so hat das judicium praeparatorium ein Ende, und es fangt das judicium causae principalis an.

Aus dem bisher angeführten erhellt also, daß in judicio diffamatorio die Instruirung des Streitgegenstandes, und das Urtheil lediglich dahin gerichtet werden müsse, „ob der Provokat schuldig sey, oder nicht;" unter Anberaumung eines peremtorischen Termines, und unter Androhung eines ewigen Stillschweigens in der Hauptsache Klage zu stellen. Es folgt also aus dieser gesetzlichen Bestimmung von selbst, daß die Kontumacialklage und Kontumacialsentenz in dem Falle, wenn der Provokat nach Cod. jud. Cap. 4. §. 5. Nr. 5. in judicio diffamatorio nicht erscheint, nur dahin gehen könne, daß der Provokat nunmehr zur Klagestellung in der Hauptsache mit Anberaumung eines peremtorischen Termines und unter Androhung ewigen Stillschweigens verurtheilt sey; welches Urtheil

auch in dem Falle statt findet, wenn der Provokat bloße Ausflüchte sucht, und unerhebliche Einwendungen auf die ihm kommunizirte Klage ex lege diffamari macht.

Der Diffamant kann nach baierischen Rechten selbst in dem Falle zur Klagestellung in der Hauptsache herausgefodert werden, wenn er propter diem vel conditionem obstantem noch zur Zeit kein jus agendi hat; denn wenn einer fälschlich von einem andern ausgiebt, daß er ihm inner Jahr und Tag 20000 fl. zu bezahlen schuldig sey, so ist es eben so ungelegen, als wenn er sagt, er hätte ihm solche itzt schon zu entrichten. Vid. Not. Cap. 4. §. 3. litt. g.

Nie also darf in dem Urtheile in judicio diffamatorio wegen nicht abgegebener Verantwortung die Strafe des ewigen Stillschweigens selbst mit dem Verluste des Rechtsanspruches des Provokaten ausgesprochen werden; denn dieses Urtheil gehört in das judicium in causa principali, und wird in dem Falle auf Instanz des Provokanten (nunmehr Beklagten) ausgesprochen, wenn der Provokat, (nunmehr Kläger) inner dem, im Urtheile in judicio diffamatorio oder praeparatorio ausgesprochenen peremtorischen Termine die Klage in der Hauptsache nicht gestellt hat.

Da nun in judicio diffamatorio der Provokant die allenfalls widersprochene Diffamation summarie beweisen muß, wie wir oben hörten, so frägt sich, was die Gesetze unter diesem

in der Gerichtsordnung öfters vorkommenden summarischen Beweis verstehen?

Die baier. Gerichtsordnung Kap. 9. §. 2. theilt den Beweis a) in den ordentlichen und b) in den summarischen. Ad a) Unter dem ordentlichen versteht sie denjenigen, welcher durch ordentliche legale Gezeugschaft und förmliche articulos probatoriales nach Schärfe der Rechte geführt wird. Ad b) der summmarische Beweis hingegen ist derjenige, welcher nicht durch weitläufige legale Gezeugschaften und articulos probatoriales geführt wird. Dieser summarische Beweis ist entweder a) vollständig oder b) unvollständig.

Ad a) Der vollständige Beweis wird geführt durch Dokumente, Augenschein.

Ad b) Der unvollständige hingegen durch bloße Bescheinigungen, d. h. glaubwürdige Attestaten, Vidimus, a Notario verhörte Gezeugschaften, und dergleichen geringere Behelfsmittel und Adminicula. *)

Ob der summarische Beweis vollständig oder unvollständig dürfe geführt werden, hängt nach Bestimmung der Gesetze von der Wichtigkeit und dem daraus hervorgehenden Präjudiz des Streitgegenstandes ab.

---

*) Ueber den Begriff von Adminikeln, verweise ich auf das vortreffliche Werk Miltners, der baierische Gantproceß Seite 240.

So fodern die Gesetze nur einen summarischen unvollständigen Beweis in nachfolgenden Fällen, nämlich

1) Nach Cod. jud. Kap. 5. §. 7. wegen bloßer Bescheinigung der Vorgabe zur Bewirkung eines Mandates sine clausula in ganz offenbar= unrecht und injustificirlichen Handlungen;

2) nach Cod. jud. Kap. 5. §. 11. Nr. 7. wegen blos summarischem Beweis der ehehaften Verhinderungsursache zur Bewirkung der Aufhebung des Kontumacialsentenzes bei Präclusivterminen.

3) nach Cod. jud. Kap. 6. §. 6. wegen blos summarischem Beweis der dilatorischen Exceptionen.

4) Nach Kap. 6. §. 16. wegen summarischem Beweis der Hinderungsursachen zur Bewirkung eines 2ten, 3ten oder weitern Prolongationstermins.

5) Nach Kap. 8. §. 4. Nr. 2. wegen summarischem Beweis des bei der Sache habenden Interesse, von Seite des Intervenienten.

6) Nach Kap. 8. §. 6. Nr. 3. wegen summarischem Beweis der Foderung zur Bewirkung der Arrestverhängung; endlich

7) nach Kap. 15. §. 6. Nr. 5. wegen summarischem Beweis hinlänglicher Hinderungsursachen zur Bewirkung der Restitutio in integrum citra lapsum termini appellationis.

Dagegen fodern die Gesetze einen zwar summarischen, aber dennoch vollständigen Be=

weis in folgenden Sachen von größerer Wichtigkeit, nämlich:

1) Nach Cod. jud. Kap. 3. §. 3. Nr. 5. in dem Beweis beim Exekutivproceß.

2) Nach Cod. jud. Kap. 8 §. 4. Nr. 4. wegen Beweis des Nachtheils des Intervenienten quoad effectus sistendae executionis, endlich

3) nach Cod. jud. Kap. 16. §. 1. Nr. 7. bei dem Restitutionsgesuch in ordine ad effectum suspensivum.

II.

Ex lege si contendat.

Der Zweck der Klage ex lege si contendat ist dieser, daß die angeführte und bewiesene peremtorische Exception, wodurch die entgegenstehende Klage entkräftet wird, bei Kräften bleibe, oder über deren Statthaftigkeit erkennt, und dem Gegentheil ein ewiges Stillschweigen aufgeladen werde, damit diese Exception bei einer längern Säumniß des Klägers mit der Klage nicht durch Verjährung, oder durch Zufall, z. B. durch Absterben der Gezeugen, oder bei der exceptio ordinis et divisionis, wenn der Hauptschuldner in Vermögensverfall geräth, nicht wirkungslos, und der Excipient in einen Schaden versetzt werde.

Bleibt nun die Einrede gegründet und erwiesen, so hat der Richter dieselbe für rechtskräftig zu erklären; sohin dem Provokaten ein ewiges Stillschweigen aufzulegen, ohne daß jedoch in der

Hauptsache gesprochen werden darf; weil darin noch nicht geklagt, sondern nur gegen die Exception replicirt worden ist.

Daß sich übrigens das ganze Proceßverfahren ex lege si contendat nicht blos auf die zwei Schriften, nämlich auf die Vorlegung der Exception und die dagegen einzureichende Replik beschränke, sondern nöthigen Falls auf Beweis und Gegenbeweis beziehe, wenn die Exception oder die Replik ein erst zu beweisendes Factum enthält, versteht sich von selbst. Z. B. Es wird der exceptio ordinis et divisionis replicando die geschehene Renunciation entgegengesetzt, diese aber vom Gegentheil geläugnet. In diesem Falle muß auf Beweis der geschehenen Renunciation erkannt werden, ehe über die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Exception erkannt werden kann. Gleiches versteht sich also von dem Beweise der widersprochenen Exception selbst.

XIV.

Das juramentum litis decisorium kann auch in Fällen deferirt werden, in welchen der Delatus dem Referenten es aus dem Grunde nicht referiren kann, weil die streitige Thatsache nur dem Delatus allein bekannt ist.

Ich habe schon öfter die Erfahrung von der noch hier und da herrschenden Meinung gemacht, nach welcher das juramentum litis decisorium nur in denjenigen streitigen Handlungen statt haben soll, wovon sowohl der Kläger als der Beklagte, sohin beide Theile gute Wissenschaft haben können. Allein wenn man den ganzen §us 2 des 13ten Kapitels der baierischen Gerichtsordnung genau liest, so muß man unterscheiden

a) Ob das juramentum litis decisorium über eine Thathandlung deferirt werde, welche blos dem Delaten allein bekannt ist; oder

b) Ob es über ein factum commune, das ist, über eine solche Streitgeschichte deferirt werde, wovon beide Theile gute Wissenschaft haben.

Ad a) Daß das juramentum litis decisorium auch in dem Falle deferirt werden dürfe, wenn die streitige Geschichte dem Delaten allein, dagegen dem Deferenten nicht bekannt ist, bewährt die Gerichtsordnung Kap. 13. §. 2. Nr. 8. et Not. Litt. i. und es hat in diesem Falle keine Zurückschiebung des Eides (Relatio juramenti) statt, weil referens in facto proprio versirt. Wird aber in diesem Falle die relatio juramenti durch Ueberſehen des Richters zugelassen, so hat das juramentum keine Wirkung. Diese Delation des juramenti litis decisorii, in dem Falle nämlich, wenn die streitige Handlung auch blos allein dem Delaten und nicht dem Deferenten bekannt ist, ist ganz in der rechtlichen Natur der Sache gegründet; denn wäre die Delation in diesem Falle nicht zuläßig, so würde der Deferent in Ermangelung eines andern Beweises auch das subsidiarische Beweismittel durch das juramentum litis decisorium verlieren, und die Lüge würde über das Recht siegen.

Ad 2) Geschieht hingegen die delatio juramenti litis decisorii über ein factum commune, d. i. über eine Handlung, welche zwischen dem Deferenten und dem Delaten vorgegangen ist, wovon also beide Theile gute Wissenschaft

haben, so hat auch nach Cod. jud. Kap. 13. §. 2. Nr. 8. die Relatio juramenti statt; nur finde ich in diesem Falle das vorgängige juramentum malitiae nicht wohl anwendbar, weil es mit gutem Gewissen nicht abgeschworen werden kann.

XV.

Ueber den Begriff des jus retentionis, und ob der zur bestimmten Geldsumme verurtheilte Schuldner die Befugniß habe, die ex re judicata schuldige Geldsumme wegen einer noch nicht untersuchten Forderung dem Gläubiger bis zur Entscheidung zurückzubehalten, oder ob er sich des jus retentionis bedienen könne?

Die Retention ist nach Cod. civ. 4. Thl. 15. Kap. §. 2 die Befugniß, dasjenige, was man von des debitoris Sachen in Händen hat, demselben nur in so lange aufzuhalten, bis man von ihm der Gebühr nach befriedigt ist.

Diese Befugniß räumen die Gesetze zu dem Ende ein, damit der Creditor wegen seiner Forde-

rung sicher gestellt, und des Seinigen geschwinder habhaft, mithin der vielen Briefnachsendungen oder Beschwerden entübrigt werde. *) Die Retention setzt folgende Requisite voraus:

1) Wird von Seite des Retentors die Possessio oder detentio der aufgehaltenen Sache des Schuldners erfodert; und

2) Muß die possessio nicht vitiosa seyn, sondern auf einer causa justa beruhen.

Uebrigens hat die retentio in beweglichen und unbeweglichen, körperlichen oder nicht körperlichen Sachen des Debitors, auch wegen illiquiden Schulden, welche mit der Retention in gar keiner Connexion stehen, statt, bewirkt aber im Konkurse kein Pfandrecht.

So räumet das Gesetz Cod. civ. 2. Thl. 5. K. §. 8 dem rechtmäßigen Inhaber bei Restituirung des ingehabten Gutes wegen den darauf verwendeten passierlichen Kosten das jus retentionis in regula ein.

Dieses jus retentionis hat statt in deposito, commodato, pignore, und den übrigen Kontrakten und Geschäften, wie uns das Civilrecht lehrt.

Der römische Rechtsgelehrte Ulpian führt l. 26 §. 4 ff. de condict. indeb. folgenden Fall über das jus retentionis an:

Debebam alicui centum, sed ex errore me illi ducenta debere putabam, atque adeo hoc

---

*) Cod. civ. 4. Thl. 15. Cap. §. 2. in Notis.

errore inductus, fundum, cujus pretium ducentorum erat, in solutum dabam. Detegebatur ex postfacto error, quaerebatur: an is, qui in solutum dederat, integrum fundum, an vero partem dimidiam solummodo repetere possit? et respondetur, integrum fundum repetere eum posse; quia alias cum altero, cui in solutum dedit, in communionem incideret, nemo autem invitus ad communionem compellatur. Sed tamen non potest repetere fundum, nisi ante illa centum, quae vere debet, alteri persolverit; interim ergo, donec debita illa pecunia solvatur, ager ab eo, cui in solutum datus, *retinebitur.*

So erwähnt Ludovici in seiner Dissertatio de jure retentionis Seite 9 des juris retentionis, von Seite der Schneider, Schuhmacher, bis sie für die gemachten Kleider und Schuhe wegen ihres Arbeitslohnes befriedigt sind; der Haushälterinn, welche aus des instituirten Testaments-Erben Hause nicht zu weichen hat, bis sie zuvor wegen ihres Liedlohnes befriediget ist; ferner Seite 10 des juris retentionis von Seite des Kurschmieds, bis ihm die Kosten des kurirten Pferdes bezahlt worden sind.

Es frägt sich aber, ob ich das jus retentionis in einer gewissen Geldsumme ausüben kann, welche ich ex re judicata dem Gläubiger bezahlen soll, gegen welchen Gläubiger ich ebenfalls eine noch illiquide Foderung zu machen habe?

Ich setze den Fall, daß ich durch einen richterlichen Spruch, welcher in Rechtskraft erwachsen ist, in eine Bierschuld von 500 fl. verurtheilt wor-

den bin. Ich will nun das jus retentionis auf diesen 500 fl. so lange ausüben, bis der Gegentheil entweder im Wege der Güte mir den wegen Körperverletzung verursachten Schaden von 1000 fl. gutgemacht, oder in dem hierüber auszustreitenden Processe erkannt seyn wird. In diesem Falle kann ich das jus retentionis auf den ex re judicata dem Gegner zu bezahlenden 500 fl. nicht ausüben, weil

1) das erste Requisit der Retention fehlt, nämlich die possessio einer dem Gegner gehörigen Sache; denn die 500 fl. werden erst des Gegners eigenthümliche Sache durch die Tradition. Bis diese erfolgt, sind die 500 fl. noch mein Eigenthum. Sobald ich diese 500 fl. dem Gegner tradire, bin ich nicht mehr in dem Besitze dieser dem Gegner eigenthümlich angehörigen Geldsumme.

Wollte man einwenden, daß die 500 fl. von der Zeit anfingen, eine dem Gegentheil gehörige Sache zu werden, als die res judicata erfolgte, so fehlt

2) das zweite Requisit der Retention, nämlich die possessio ex justa causa oder nicht-vitiosa; denn die possessio wird per rem judicatam vitiosa; also kann ich das jus retentionis darauf nicht mehr ausüben, indem die res judicata vielmehr die vorausgehende und veranlassende Ursache ist, daß die schuldigen 500 fl. an den Gegner bezahlt werden müssen.

Ludovici führt in der erwähnten Dissertation, zur Behauptung des Satzes: „jure retentionis uti non potest, qui possessionem jure ami-

sit, quamvis rei corpore suo adhuc insistat, v. g. si alius per rem judicatam in possessione defensus," folgenden Fall an: Vidua aliqua post mortem mariti sub praetextu, se heredem esse, bonorum hereditariorum possessionem apprehendit, et quamvis defuncti agnati possessionem illam similiter adprehenderint, ea tamen moto desuper processu durante lite in compossessione permanet.

Pronunciatur tandem pro Agnatis, illique per rem judicatam in possessione defenduntur, viduae petitionibus ad petitorium rejectis, vidua autem jam ex alio capite jus retentionis exercere vult; quaeritur quid juris?

Per rem judicatam declaratum erat, viduae possesionem plane nullam competere; unde quia res judicata pro veritate habetur l. 207 ff. de R. J. jus retinendi plane finitum erat, quo in casu ipse Mevius omnem effectum retentioni denegat.

3) Endlich bestimmt die baierische Gerichtsordnung Cap. 18 §. 8. Nro. 1 ausdrücklich, daß contra rem judicatam in executione keine andere exceptio oder Einwendung zugelassen werde, als jene, welche den modum et ordinem executionis betreffen. Ist also per rem judicatam einmal auf die Bezahlung erkannt, so muß sie befolgt werden, und es hat kein factum rei judicatae contrarium mehr statt, weil auf die durante processu nicht angebrachte Befugniß der retentio nicht erkannt worden ist; sohin in executione so wenig darauf Rücksicht genommen werden kann, als auf die zu spät angebrachte exceptio solutionis, compensationis et cet.

XVI.

Wie vielfach ist die restitutio in integrum nach der baierischen Gerichtsordnung, und welche Erfordernisse werden zur Erlangung derselben vorausgesetzt?

Die Restitutio in integrum ist nach der baierischen Gerichtsordnung vierfach, nämlich:

1) Restitutio in integrum contra sententiam contumacialem bei der Klage und Antwort.

2) Restitutio contra lapsum termini praejudicialis,

3) Restitutio contra lapsum termini appellationis, und

4) Restitutio in integrum contra sententiam.

Ad 1) Die Kontumacialsentenz bei der Klage und Antwort setzt ausdrücklich eine specielle Kommination voraus, und es hat nach Cod. jud. Kap. 5. §. 11. Nr. 2. et Not. die bloße Generalkommination keinen Effekt. Dagegen kann nach Nr. 7. der nämliche Richter die Kontumacialerkenntniß wieder aufheben, wenn der kondemnirte Theil 14 Tage nach gehobener Hinderniß summarie, d. h. durch einen Gezeugen, Bescheinung, Attestaten ꝛc. zeigen kann, daß er den richterlichen Auftrag inner dem bestimmten Termin weder zu befolgen, noch vor dessen Ausfluß um weitere Dilation aus ehehaften Ursachen nachzusuchen verhindert wurde. Als ehehafte Ursachen werden in Not. Litt. f. angegeben: Gefangenschaft, Wassernoth, Abwesenheit ausser Landes, Krankheit und anderes Hinderniß des Advokaten: wenn dargethan wird, daß er um Dilation nicht nachsuchen konnte, oder wegen Wichtigkeit und langer Dauer des Processes nicht so schnell ein anderer Anwalt unterrichtet werden konnte; der Tod des ungehorsamen Theils, wenn nicht in dessen Lebenszeiten die Sentenz gefällt worden ist; Minderjährigkeit u. s. f., bei welch letzterer die restitutio brevi manu geschieht, bei den übrigen Hindernissen aber dieselbe nach geschehener Vernehmung des Gegentheils in möglicher Kürze abgemacht werden soll.

Ad 2) Die restitutio in integrum contra lapsum praejudicialis wird wegen bloßer Minderjährigkeit oder in den oben angeführten Fällen, und aus den summarisch nachgewiesenen Ursachen ertheilt, muß aber nach Cod. jud. Kap.

16. §. 1. Nr. 11. et Not. allzeit inner soviel Zeit, als man zuvor re integra gehabt hat, sub poena desertionis gesucht werden.

Ad 3) Die Restitutio contra lapsum termini appellationis setzt als ehehafte Ursache voraus, Minderjährigkeit, Pest, Wassernoth, Gefängniß, Feindesgefahr u. dgl. Diese Hinderungsursachen müssen nach Kap. 15. §. 6. Nr. 5. et Not. solange gedauert haben, um nicht mehr in tempore sich melden zu können. Die ignorantia juris, Armuth, oder die Nachläßigkeit des Anwalts, selbst wenn er nicht solvendo ist, oder der Tod des Principalen dazu kommt, begründet nach den im Jahre 1754 erschienenen Anmerkungen ad Cod. jud. Kap. 13. §. 6. litt. e. keine Ursache zur Bewirkung der restitutio in integrum. Indessen erklärt die Resolution ex intimo ad Revis. vom 14. April 1755, daß dem Richter die Hände nicht gebunden sind, den aus Einfalt, Unerfahrenheit oder andern Ursachen ohne ihrem Verschulden verkürzten Partheien mit der Restitutio in integrum beizuspringen. Vid. Supplementa ad Cod. jud. Seite 28. Zudem bestimmt der Cod. jud. Kap. 7. §. 10. daß, wenn der Anwalt wegen des seinem Principalen durch Unfleiß oder Verschulden zugefügten Schadens nicht mehr solvendo ist, mit Restituirung des Principalens gleichwohl die Billigkeit beobachtet werden soll.

Da nun sowohl die angeführte Gesetzesstelle des Grundtextes selbst, als die angeführte spätere Verordnung vom 14. April 1755 die restitutio in integrum des schuldlos Beschädigten zu

erleichtern, und eine weitere Verordnung vom 5ten Septbr. 1755, die im Judiciarkodex Kap. 15. §. 6. Nr. 4. ausgesprochene poena desertionis dahin mildert, daß wegen unterlassener Anführung des Tages der Publikation des Sentenzes, und der unterlassenen Beilegung der Erkenntniß voriger Instanzen, die appellirende Parthei ex officio brevi manu contra desertionem causae in integrum restituirt, dagegen der unachtsame Advokat in die Strafe von 6 Reichsthalern verurtheilt werden soll, so erhellt aus dem spätern Geiste der Gesetze, daß die restitutio in integrum contra lapsum fatalium wegen Schuld des Anwalts um so weniger erschwert werden soll, weil die Materie des Rechts nie so leicht der bloßen Form geopfert werden darf; dagegen aber soll die Saumseligkeit des Anwaltes desto strenger bestraft werden, besonders wenn eine Aufzüglichkeit erscheint, und die Appellationsschrift nicht gleich wenige Tage nach ausgeflossenen Fatalien eingereicht wird.

Ad 4) Die restitutio in integrum contra sententiam in der Hauptsache selbst wird nur wegen solcher nova reperta ertheilt, welche

1) die Hauptsache selbst merklich alteriren; und

2) vor der Sentenz nicht bekannt waren, oder doch wenigst nicht legal beigebracht werden konnten. Ferner müssen

3) diese nova vollständig bewiesen werden; und es darf

4) kein remedium juris ordinarium, z. B. Appellation, Revision, Possessorium plena-

rium aut petitorium, oder bei Minderjährigen actio tutelae gegen den Vormund mehr übrig seyn.

Ad 1) Die nova müssen solche in facto bestehende Umstände seyn, welche in retroactis noch niemals vorgekommen sind, und welche die Hauptsache selbst merklich alteriren; so daß für den Restitutionssucher ein ganz entgegengesetztes Erkenntniß in der Hauptsache nach dem vollständig geführten Beweise erfolgt.

Ad 2) Diese nova in facto muß der Restitutionssucher vor der Sentenz a) entweder nicht gewußt, oder b) wenigst legaliter beizubringen nicht vermogt haben. Dieß muß er beweisen, jedoch wird ihm auf den vom Gegentheil zu begehrenden Eid geglaubt, wenn der Gegentheil das contrarium nicht beweisen kann, daß dem Impetranten das angebliche novum vorhin schon genugsam bekannt, und leicht beizubringen war.

Ungeachtet also der Restitutionssucher die exceptio solutionis wußte, und sie nicht anbrachte, so kann er dennoch die Restitution nachsuchen, wenn er beweisen oder beschwören kann, daß sich die Quittung erst nach der Sentenz vorgefunden habe.

Wie steht es aber mit dem Restitutionssucher, wenn gegen ihn, wegen nicht abgegebener Exception ein Kontumacialerkenntniß vorliegt?

Zwar hat der ungehorsame Theil nach der vorausgegangenen ausdrücklichen Kommination die Exceptionen, welche er entgegen hätte stellen können, verloren; allein wir dürfen nie vergessen

daß die restitutio contra sententiam der Sieg des materiellen Rechtes gegen das blos formale Recht sey.

Liegt eine Kontumacialsentenz vor, so sucht der Verurtheilte entweder

a) Um Restitution gegen die Kontumacialerkenntniß nach, und beweist (wie wir oben gehört haben) in 14 Tagen summarie die ehehafte Hinderniß, den richterlichen Auftrag inner dem anberaumten Termin weder zu befolgen, noch vor Ausfluß desselben um weitere Dilation zu bitten; oder

b) er bringt nova reperta vor, und bittet um restitutio in integrum in der Hauptsache selbst. In diesem Falle hat er auf gegentheiliges Begehren mit seinem Eide oder in anderweg nach Cod. jud. Kap. 16. §. 1. blos darzuthun, daß er von diesen novis entweder nichts gewußt, oder solche legaliter beizubringen ante sententiam nicht vermögt habe.

Nach dem Gesetze ist es also gleichviel, welche Sentenz in der Hauptsache vorausgegangen sey; wenn nur in dem ganz neu beginnenden Restitutionsprocesse dargethan werden kann, daß der Restitutionssucher die nova reperta a) entweder gar nicht gewußt, oder b) dieselben wenigst nicht legal beizubringen vermögt habe.

Der durch die Kontumacialsentenz Verurtheilte konnte nur mit denjenigen Exceptionen kontumacirt werden, welche er wußte, und die er zugleich legal hätte beibringen können, nicht aber

mit denjenigen Exceptionen, die er entweder gar nicht gewußt, oder die er, wenn er sie auch gewußt hat, nicht legal hat beibringen können.

Minderjährige, und diesen Gleichgeachtete haben sich Ausnahmsweise der Restitution zu erfreuen,

1) wenn zu ihrem merklichen Nachtheil in processu ex propria negligentia etwas unterlassen, oder

2) Dolo adversarii etwas begangen wurde.

Uebrigens muß das Restitutionsgesuch von der Zeit an, als sich diese nova hervorgethan haben, längst inner vier Monaten sub poena desertionis angebracht werden, und zwar bei noch Minderjährigen inner 4 Monaten nach ex lege oder dispensatione erlangter Majorennität. Bei Kirchen, Gemeinden, Causis piis, dem Fiskus 2c. beginnt der Lauf des viermonatlichen Fatale von der Zeit an, als sich diese nova hervorgethan haben, oder von der Zeit an, als sich die Läsion gezeigt hat.

XVII.

Wann ist die Execution einer Wechselfoderung ad forum concursus zu verweisen, oder der requirirte Richter nicht mehr befugt, eine Wechselfoderung der Execution zu unterwerfen, und wie lange muß er mit der Execution verschreiten?

Die Gesetzesstellen über die Anweisung der Wechselschulden ad concursum sind folgende:

1) Das Wechselpatent vom Jahre 1785 sagt Seite 33. §. 5:

„Wie wir denn auch gnädigst verordnen, daß der concurs und crida, soferne auch dieser erst alsdann ausbräche, wenn der Schuldner schon bei dem Wechsel- und Merkantilgericht geklagt, kondemnirt, oder gar schon mit der

Sperr und Obsignation angegriffen worden wäre, nichts destoweniger bei dem ordentlichen Gantrichter, und zwar ohne Beiziehung des Wechsel- und Merkantilrichters verhandelt werden soll."

2) Im 11ten Kapitel Seite 70 wird bestimmt: "Wenn der Schuldner schon wirklich gantmäßig ist, oder durch die Bezahlung der Wechselschuld gantmäßig wird, oder sich selbst für insolvent erklärt, und die Insolvenz gerichtlich hergestellt, und die Gant gesetzlich erkannt ist, soll bei dem Wechsel- und Merkantilgerichte, ungeachtet der Beklagte daselbst schon kondemnirt, oder bereits gar mit der Sperr angegriffen worden wäre, die Execution nicht vorgenommen, oder fortgesetzt, sondern das ganze Schuldenwesen zum Gantrichter, und der Kläger ad concursum angewiesen werden; soferne (§. 2.) jedoch des Schuldners Effekten durch Anordnung des Wechsel- und Merkantilrichters von dem beeidigten Schätzmanne nach Maaß des vorgehenden §. 3. Kap. 10 geschätzt, und dem Gläubiger nemine interveniente zugesprochen, auch noch vor entstandenem Konkurs ausgehändigt worden sind, so ist der Gläubiger nicht schuldig, in den nachherigen Konkurs sich einzulassen; nur ist solchenfalls erfoderlich, daß die Aushändigung an den Gläubiger ex judicato vel transacto geschehen sey, und erkleckt nicht, wenn die Effekten etwa nur an einem dritten Orte, oder bei dem Amte, oder noch vor der Klage bei dem Gläubiger deponirt wären."

Hiebei muß noch bemerkt werden, daß der Universalkonkurs nach Cod. jud. Kap. 19. §. 5. erst von der Zeit anfange, da man mittels öffentlichen Anschlags die gewöhnlichen Ediktstage ausschreibt.

Es entsteht nun die Frage, wann ist der requirirte Richter nicht mehr befugt, eine Wechselfoderung der Execution zu unterwerfen?

Aus der Vereinigung der angeführten Gesetzesstellen ergiebt sich der Schluß, daß mit der Execution der Wechselfoderung solange fortgefahren werden müsse, bis auf die Gant gesetzlich erkannt ist.

Es genügt also nicht, daß der Gantirer durch die Erklärung der Insolvenz die Execution wegen der Wechselfoderung abzulehnen suche, weil erst durch den Ausspruch oder das Ganturtheil selbst (d. h. durch die Sentenz über die öffentlich auszuschreibende und anzuschlagende Ediktsproclamata) das forum universale concursus sich begründet. Ebensowenig reicht es hin, wenn der Gantirer durch die Wechselschuld erst gantmäßig wird, oder schon wirklich gantmäßig ist; sondern alles beruht darauf, daß über die gerichtlich hergestellte Insolvenz wirklich die Gant gesetzlich erkannt sey.

Daß dieß der richtige Sinn der Gesetzesstelle sey, zeigt die Gesetzesstelle Kap. 11. §. 1. wo der Vordersatz (nämlich die Gantmäßigkeit oder Insolvenzerklärung) durch das Wort und mit dem Nachsatze) nämlich gerichtliche Herstellung

und gesetzliche Erkenntniß der Gant verbunden wird. Da nun der Nachsatz durch und, und nicht durch oder mit dem Vordersatz verbunden ist, so erscheint das Requisit der Ganterklärung als das wesentliche Requisit zur Einhaltung der Execution der Wechselschuld, und es ist also mit der Execution einer Wechselfoderung von Seite des requirirten Richters solange fortzufahren, bis nicht das Ganturtheil selbst erlassen ist, ohne daß man sich ausser dessen mit der Execution wegen Vorgabe der Insolvenz aufhalten lassen darf.

Da diese Stelle bisher einigem Zweifel unterworfen war, so fand ich die Erklärung derselben, nach den bereits vorliegenden Präjudizien für nothwendig.

XVIII.

Sollen die Fiskal- Fabrik- Wechsel- und Bierschuld-Foderungen in der 7ten Klasse den ältern stillschweigenden Hipotheksfoderungen in der 8ten Klasse wirklich ausweichen?

Versuch der Lösung des Widerspruches der Gesetze.

Erst bei der Anwendung der Gesetze stößt der Richter auf Hindernisse, und es liegt daher in seiner Pflicht, die entdeckte Inkonsequenz darzustellen, damit die von Zeit zu Zeit nöthige Revision der Gesetze erleichtert werde.

So eine Inkonsequenz zeigt sich in der baierischen Gerichtsordnung von 1753 im 20. Kapitel §. 8. bei der Bestimmung der siebenten Klasse im Gegenhalte der später erschienenen Gesetze.

Wir wollen vorerst die Gesetze anführen, und sodann den Widerspruch zeigen.

I.

Nach der angeführten Stelle der Gerichtsordnung erscheint in der 7ten Klasse der Prioritätsordnung der Fiskus in doppelter Eigenschaft, nämlich

1) mit einer stillschweigenden Hipothek auf allen Gütern, die der angehende Verwalter oder Kontrahent schon zur Zeit des Antrittes der Verwaltung, oder des geschlossenen Kontraktes besaß; indessen hat er mit diesem gesetzlich stillschweigenden Unterpfande vor den ältern sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Hipotheken kein Vorzugsrecht.

2) Dagegen hat der Fiskus nicht nur ein Specialunterpfand, sondern auch das Vorzugsrecht auf jenen Gütern, welche der Verwalter oder Kontrahent erst nach der übernommenen Verwaltung oder dem Kontrakt erlangt hat, und zwar von der Zeit an, wo die Verwaltung übernommen, oder der Kontrakt geschlossen wurde. Ergab sich dieser Kontrakt, oder diese übernommene Verwaltung schon früher, als dem Kommunschuldner das Heirathgut seines Weibes konstituirt wurde, oder derselbe eine bestimmte Vormundschaft oder andere Verwaltung übernommen hatte, so kommt der Fiskus mit obigem Specialpfands- und Vorzugsrechte sogar vor dem Heirathgut, und andern in der 6ten Klasse benannten Personen, und liegt im Zweifel der Be-

weis wegen den nova acquisita des Kommunschuldners dem Fiskus ob.

In diesem zweiten Falle geht also der Fiskus in neo acquisitis allen ältern, sowohl ausdrücklichen als stillschweigenden Hipotheken vor. Auch im ersten Falle war die Schwierigkeit nicht so groß, solange der Fiskus nach der Bestimmung der Gerichtsordnung blos allein in der 7ten Klasse mit ältern ausdrücklichen und stillschweigenden Hipothekgläubigern zusammentraf, indem er zwar in der 7ten Klasse stehen blieb, aber bei dem Zuge selbst den ältern Hipotheken ausweichen mußte; indem es auf diese Art ganz das nämliche war, als wenn die ältern Hipotheken dem Fiskus in der 7ten Klasse wären vorgesetzt, oder der Fiskus mit seiner jüngern Hipothek nach dem Alter in der 8ten Klasse wäre loziert worden.

Allein die später erfolgten Gesetze, welche noch andere Foderungen in die 7te Klasse gleich nach dem Fiskus setzten, und welche den dahin gesetzten Foderungen nicht nur tacitam hipothecam, sondern auch das jus praelationis einräumten, störten die bis dahin bestandene Ordnung in dieser Klasse, und erzeugten eine wahre Inkonsequenz, wie ich weiter unten zeigen werde.

Die Verordnungen sind folgende:

I.

Nach der Mauth- und Accisverordnung*) vom Jahre 1765, welche am 14. November 1793 den

*) Vid. Maierische Generaliensammlung, 5r Band S. 140.

sämmtlichen Behörden als erneuert zur Befolgung vorgeschrieben wurde, ist zur Emporbringung des inländischen Fleisses allen privilegirten inländischen Fabriken und Manufakturen, welche sich mit der Gold- und Silberfilage, mit der Machung von Porcellaine und Fayence, der Seiden und Seidenwaare, der Bänder und Flöre, der Leinwanden, Wollen- und Wachstuch, Wollenzeug, der Baum- und Schaafwollenstrümpfe, des Leders und Messings beschäftigen, für ihre bei ihren Arbeitern und Abnehmern zu suchen habende liquide Schuldfoderungen in dem sämmtlichen Vermögen des debitoris eine stillschweigende Hipothek cum privilegio praelationis, und zwar in der 7ten Klasse gleich nach dem Fiskus eingeräumt worden.

II.

Durch die Verordnung vom 29sten Jenner 1774 *) wurde den churfürstlichen Bergwerksfabriken von Eisen, Vitriol und Gallmey das nämliche Privilegium, wie den übrigen Landesfabriken cum jure praelationis et separationis mit dem Beisatze eingeräumt, daß die erprobten Schulden als eine zum wirklichen Nahrungsstand und Gewerb geschehene Borg mit der vierten Stelle in den Gantausbrüchen angesehen werden dürfen und sollen."

Da aber allen übrigen Fabriken des Landes nicht die vierte sondern die siebente Klasse eingeräumt wurde, so liegt auch hier ein Widerspruch, der sich durch die spätern Verordnungen dadurch

---

*) Vid. Maierische Generaliensamml. 1r Band 1784. S. 86.

zu heben scheint, daß auch den churfürstl. Bergwerksfabriken die 7te Klasse gebühre. Sollte aber die 4te Klasse für die churfürstl. Fabriken bestehen, so müßte die Abgabe ex analogia juris sich unter Nr. 1. §. 5. in soferne eignen, als sie zur Erhaltung einer Sache verwendet wird. Indessen scheint mir diese willkührliche Auslegung gefährlich, und am Ende zu Absurditäten führend; vielmehr ist sich also nach der Wechselordnung von 1785 Kap. 11. §. 4. und an die Verordnung vom 22. November 1784 zu halten, in welchen den inländischen Fabriken überhaupt die siebente Stelle nach dem Fiskus zugestanden wird.

III.

Durch die Verordnung vom 22. November 1784*) wurde den bereits etablirten oder in Zukunft noch zu errichtenden Weinniederlagen bei jenen Leuten, die hiervon Wein auf Borg nehmen, und in eine Gant verfallen, das nämliche jus hipothecae et praelationis bewilligt, welches den inländischen Fabriken und Manufakturen in concursu creditorum gleich nach dem Fiskus in der 7ten Stelle gebührt.

IV.

In der baierischen Wechselordnung vom 24. November 1785. Kap. 11. §. 4. wurde den Wechselfoderungen gleiches privilegium praelationis mit den Fabriken und Manufakturen eingeräumt, nach welchem sie in dem Prioritätsurtheile in die

*) Vid. Maierische Generaliensamml. 3r Band, 1788. S. 371.

7te Klasse gesetzt werden müssen; jedoch haben sie den ältern, sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Hipotheken auszuweichen; und nach der Verordnung vom 19. Juli 1787 beginnt das Vorzugsrecht erst von der Zeit an, wo die Foderungen der Wechselbriefe bei dem Wechselgerichte als richtig erkannt sind.

Die Wechselfoderungen werden aber als richtig erkannt a) durch Ingroßirung, Immatrikulirung oder Eintragung der Wechselschuld oder des Wechsels beim Wechselgerichte in Gegenwart des Wechselschuldners und des Wechselgläubigers, oder b) durch das Urtheil des Wechselgerichtes. Es genügt also nicht, wenn der mit den nöthigen Förmlichkeiten versehene und eingeklagte Wechselbrief dem Wechselschuldner auf die gewöhnliche Art, nämlich um inner dem gesetzten Termin zu bezahlen, oder ad recognoscendum vel diffitendum zu erscheinen oder (wo die persönliche Erscheinung nicht thunlich ist), um die schriftliche Verantwortung abzugeben, kommunicirt worden ist.

Ebensowenig reicht es hin, wenn die Wechselfoderung von einer andern inkompetenten Behörde anerkannt wird, indem nach der Verordnung vom 19. Juli 1787 Nro. 7. die Anerkennung einer Wechselfoderung beim Wechselgerichte geschehen muß.

V.

Endlich giebt die Verordnung über allgemeine Regulirung des Aufschlages vom 28. Juli 1807. (Regbl. 1806. Seite 1294) den Bierschulden

4 Wochen nach der Anfoderung die Vorzüge der Wechsel- und Merkantilschulden.

Da nun nach Cod. jud. Kap. 20. §. 1. Nr. 2 mehrere Kreditores von unterschiedlicher Art und Gattung in einer Klasse der Ordnung nach folgen, wie sie in jeder Klasse benannt sind, so ergiebt sich nach den angeführten Gesetzesstellen bei den Forderungen in der 7ten Klasse nachstehende zweifache Ordnung:

I.

Der Fiskus, in doppelter Beziehung, nämlich:

a) Mit dem stillschweigenden Specialunterpfand und dem Vorzugsrechte vor allen ältern sowohl ausdrücklichen als stillschweigenden Hipothekgläubigern in bonis neo acquisitis der Administratoren und Kontrahenten.

b) Mit dem stillschweigenden Specialunterpfand aber ohne Vorzug vor den ältern ausdrücklichen oder stillschweigenden Hipothekgläubigern auf dem vor und bei der Antretung der Administration oder Kontraktsschließung besessenen Vermögen und Gütern des Administrators oder Kontrahenten überhaupt.

II.

Zur zweiten Ordnung oder Nummerus gehören gleich nach dem Fiskus

a) die inländischen privilegirten Fabriken; b) die Königl. Bergwerksfabriken von Eisen, Vitriol und Gallmey, c) die zum Nutzen des Publikums etablirten Weinniederlagen.

Wechselfoderungen, welche einmal richtig erkannt sind, sollen nach der Wechselordnung Kap. 11. §. 4. gleiches privilegium praelationis mit den Fabriken und Manufakturen genießen, sohin in dem Prioritätsurtheile in der siebenten Stelle zu stehen, den ältern sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Hipothen aber auszuweichen haben.

Ueber die angeführten Gesetzesstellen und die demnach von mir aufgestellte Ordnung in der 7ten Klasse erheben sich aber folgende allerdings wichtige Zweifel, deren Auflösung ich versuchen will.

1) Vor allem entsteht die Frage, ob dem Fiskus auch die 7te Stelle in den Gütern zukomme, welche der Verwalter oder Kontrahent vor der angetretenen Verwaltung, oder vor dem geschlossenen Kontrakt erlangt hat; da in Cod. jud. Kap. 20. §. 8. Nr. 2. der Beisatz enthalten ist, daß der Fiskus keineswegs vor den ältern sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Hipothekgläubigern ein Vorgangsrecht, ausser in bonis neo acquisitis des Schuldners habe.

Allein wenn der Fiskus auf den vorher erhaltenen Gütern des Administrators oder Kontrahenten kein Vorzugsrecht vor den ältern stillschweigenden Pfandgläubigern der 8ten Klasse hat, sondern mit denselben nach dem Alter konkuriren soll, wie es in dem wörtlichen Sinne des Gesetzes liegt, so frage ich, worin der Vorzug der 7ten Klasse vor der achten Klasse, in Hinsicht der stillschweigenden Hipotheken stehe, und wie der Widerspruch des Gesetzes

werden könne, daß die Vorzugsfoderungen der 7ten Klasse vor jenen der stillschweigenden Hipotheken der 8ten Klasse gesetzt, dagegen die stillschweigenden Hipotheken nie über die 8te Klasse hinaufgerückt werden dürfen, da in Cod. jud. Kap. 20. §. 10. nur die stillschweigenden Hipotheken in den ersten 7 Klassen als privilegirt mit dem jus praelationis ausdrücklich ausgesprochen, dagegen die unprivilegirten stillschweigenden, §. 10. vorgetragenen ein für allemal in die 8te Klasse gesetzt worden sind.

Der §. 8. setzt den Fiskus mit den Foderungen Kraft eines Kontraktes, oder anvertrauter Verwaltung in die 7te Klasse. Wenn er aber den ältern sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Hipotheken weichen soll, so hat er in der 7ten Klasse gar keinen Vorzug vor den Gläubigern der 8ten Klasse, weil auch die letztern blos nach dem Alter in den Zug treten.

Es frägt sich also, ob und welcher wesentliche Unterschied denn zwischen der 7ten und 8ten Klasse bestehe, und aus welchen Quellen dieser Unterschied nachgewiesen werden müsse?

Die baierische Gerichtsordnung vom Jahre 1753 bestimmt die Pfandgläubiger in folgender Ordnung:

a) Die Pfandgläubiger mit absolutem Vorzugsrechte (hipothecarii cum privilegio praelationis absoluto). Diese bestehen unwandelbar in der 1sten bis 4ten Klasse nach Cod. jud. Kap. 20. §. 5.

b) Die gesetzlich stillschweigenden Pfandgläubiger mit relativem Vorzugsrechte (hipothecarii cum jure praelationis relativo.) Diese sind in der 5ten, 6ten und 7ten Klasse enthalten. Ihr Vorzugsrecht (jus praelationis) bezieht sich lediglich auf die gesetzlich stillschweigenden Pfandgläubiger ohne allem Vorzug in der 8ten Klasse; denn diesen gehen sie jure praelationis vor, nicht aber auf die ausdrücklichen Pfandgläubiger in der 8ten Klasse, welche ihnen vollkommen gleich stehen und mit ihnen lediglich nach dem Alter (jure prioritatis) nicht aber nach einem Vorzugsrechte (jure praelationis) konkurriren.

c) In die ausdrücklichen Pfandgläubiger ohne Vorzug. Diese zwar in der 8ten Klasse vorgetragenen ausdrücklichen Pfandgläubiger sind gleichsam der Mittelpunkt zwischen den gesetzlich stillschweigenden Pfandgläubigern mit relativen und den gesetzlich stillschweigenden ohne Vorzugsrechte; denn wenn sie mit einem dieser beiden allein konkurriren, so sind sie ihnen vollkommen gleichgesetzt, so daß nur das Alter derselben entscheidet; daher die ausdrücklichen Pfandgläubiger, wenn ihre Foderung älter ist als das Heirathgut der Ehefrau, vor derselben in die 5te Klasse gesetzt werden.

d) Die gesetzlich stillschweigenden Pfandgläubiger ohne Vorzug. Diese sind in der 8ten Klasse enthalten, und konkurriren unter sich und mit den ausdrücklichen Hipothekargläubigern, wenn diese allein sind, lediglich nach dem Alter (jure prioritatis tempore); sie selbst aber rücken

nie aus der achten Klasse vor; wenn daher die ausdrücklichen Hipothekgläubiger in die respective 5te, 6te und 7te Klasse wegen Alter vor den dort befindlichen Gläubigern eingereiht werden, so dürfen diese gesetzlich, obgleich ältern stillschweigenden Pfandrechte, nie mit aus der 8ten Klasse vorgerückt werden. Cod. jud. Kap. 20. §. 10.

Der Unterschied zwischen der 7ten und 8ten Klasse besteht also nach den angeführten Gesetzesstellen darin, daß die stillschweigenden Hipotheken der 7ten Klasse vor den stillschweigenden Hipotheken der 8ten Klasse bei sonst gleichem stillschweigenden Hipotheksrechte lediglich einen privilegirten Vorzug haben, sohin blos jure praelationis, und nicht jure hipothecae denselben vorgesetzt werden, wenn auch die stillschweigenden Hipotheken ohne Vorzug in der 8ten Klasse älter seyn sollten als die in der 7ten Klasse; weil nach Cod. jud. Kap. 20. §. 1. Nr. 2. eine Klasse nach der andern folgt, ohne daß auf das Alter der Klassen gesehen wird.

Allein es scheinen dem so eben aufgestellten Begriffe über den Unterschied der 7ten und 8ten Klasse folgende zwei Gesetzesstellen zu widersprechen:

1) Sagt die Gesetzesstelle Cod. jud. Kap. 20. §. 8. Nr. 1. ausdrücklich:

„In der siebenten Klasse kommt 1mo der Fiskus, wo er Kraft eines Kontraktes, oder anvertrauter Verwaltung bei Jemand etwas zu fo-

dern hat; doch gebührt ihm 2do deßwegen vor den ältern, sowohl stillschweigend= als ausdrücklichen Hipothekgläubigern kein Vorgangsrecht, ausser in jenen Gütern, welche der debitor fisci erst nach dem gepflogenen Kontrakt oder übernommener Administration neuerlich acquirirt hat; und geht auch 3tio dem Heirathgut in der 5ten Klasse, oder den Foderungen der 6ten Klasse vor, wenn die Verbindlichkeit des Debitors gegen den Fiskus älter ist."

Hier ist der Ausdruck: „doch gebührt ihm 2do deswegen vor den ältern, sowohl stillschweigend= als ausdrücklichen Hipothekgläubigern kein Vorzugsrecht" sehr dunkel, und da der Fiskus Nr. 1. dennoch in die 7te Klasse gesetzt wurde (dagegen der Vorzug des Fiskus in neo acquisitis eine bloße Ausnahme ist, die sich keineswegs in die 7te Klasse eignet) so erhellt ein offenbarer Widerspruch.

2) Dieser Widerspruch stellt sich noch anschaulicher in der Wechselordnung von 1785 Kap. 11. §. 4. dar, wo es heißt, „daß die als richtig erkannten Wechselfoderungen gleiches privilegium praelationis mit unsern Fabriken und Manufakturen zu geniessen, sohin in dem Prioritätsurtheile in der siebenten Stelle stehen, den ältern sowohl stillschweigend= als ausdrücklichen Hipotheken aber auszuweichen haben.

Auch hier ist der Begriff des Unterschiedes der 7ten und 8ten Klasse so ganz gleich aufgestellt, daß beide Klassen nur eine Klasse zu bilden scheinen, weil lediglich das Alter den Vorzug entscheidet.

Viel deutlicher und bestimmter hingegen finden wir den charakteristischen Begriff der 7ten Klasse in der Verordnung vom 14ten November 1793 bei dem Privilegium der Fabriken *) wo es heißt, „daß denselben in dem sämmtlichen Vermögen ihrer Arbeiter oder Waarenabnehmer eine stillschweigende Hipothek cum jure praelationis in der 7ten Klasse gleich nach dem Fiskus eingeräumt werden solle. Eben so bestimmt drücket die Verordnung vom 22sten Nov. 1784 **) das jus hipothecae et praelationis gleich den Fabriken und Manufakturen in der 7ten Klasse unmittelbar nach dem Fiskus aus.

Es erhellt also der Widerspruch mit der Gesetzesstelle in der Wechselordnung Kap. 11. §. 4. um so mehr, als ich mir kein privilegium praelationis mit den Fabriken in der 7ten Klasse denken kann, wenn es nicht den ältern stillschweigenden Hipotheken der 8ten Klasse vorgehen, sondern denselben ausweichen soll.

Aus dem Ganzen erhellt, daß der Legislator in Bestimmung der 7ten Klasse Cod. jud. Kap. 20. §. 8. sehr dunkel sich ausdrückte, und daß man deßwegen zu den übrigen Hülfsquellen seine Zuflucht nehmen müsse, um den Begriff zu beleuchten, oder die Ursache dieses Widerspruchs zu entdecken. In den Annotationen zu diesem §. 8. sagt Baron v. Kreittmair, daß dieser ganze Jus aus dem 2ten Titel 16 und 17 §.

*) Maierische Generaliensammlung 5r Band S. 140.

**) 3r Band, Seite 371.

des Gantprocesses (vom Jahre 1616) genommen, und in ein so anderm nach dem Sinne und Auslegung des Baron v. Schmid erläutert worden ist.

Diese sehr wichtige Gesetzesstelle lautet wörtlich so:

„Fiskus kommt in die 7te Stelle, wo derselbe Kraft eines Kontraktes, oder einer Verwaltung, so jemand anvertraut worden, was zu fodern hat, und derwegen hat er auch ein stillschweigend Pfand, und noch darzu den Vorzug vor allen ältern Gläubigern, die auch nur stillschweigend Pfand, doch bei solcher dergleichen Freiheit des Vorzugs, welche denen in vorgehenden Artikeln gesetzten Gläubigern gegeben ist, nit haben, wie auch 2c.“ (bis hieher drückt sich das Gesetz ganz nach dem wahren Begriffe des gesetzlichen Vorzuges der stillschweigenden Hipotheken der 7ten vor der 8ten Klasse aus; dann fährt das Gesetz fort) „wie auch vor denjenigen, welchen gleichwohl des Schuldners Güter in gemein zuvor ausdruckentlich verschrieben worden, ihnen aber sonsten beinebens keine sondere Freiheit des Vorgangs halber, von Rechtswegen gebürt, in denjenigen Gütern, die der Schuldner erst hernach, als er mit dem Fisko kontrahirt, oder eine Verwaltung von ihm bekommen, erobert hat, wie er dann auch dem Heirathgut vorgeht 2c.“

---

*) Gantproceß von 1616, Art. 16. Seite 72. von den Fiskalischen Foderungen.

Daß diese Gesetzesstelle nicht blos eine Bestimmung in neo acquisitis, sondern zwei, und zwar zwei wesentlich verschiedene Bestimmungen in Rücksicht des Vorzuges der fiskalischen Foderungen, und zwar die erste mit dem stillschweigenden Vorzugspfandrechte in der 7ten Klasse auf die früher erworbenen Güter des Fiskalschuldners vor den ältern stillschweigenden Hipotheken ohne Vorzug in der 8ten Klasse; dann die zweite mit dem Vorzugsrechte vor den ausdrücklichen und stillschweigenden Hipotheken auf den später erworbenen Gütern in neo acquisitis) enthalte, erklärt der nachfolgende 19. Artikel noch deutlicher, in welchem ausdrücklich enthalten ist, daß die ausdrücklichen ältern Verpfändungen den fiskalischen Foderungen in der 7ten Klasse vorgehen, dagegen den fiskalischen Foderungen in bonis neo acquisitis weichen müssen. Ganz ausser Zweifel über die Richtigkeit meiner Behauptung setzt uns aber der 22ste Artikel, welcher sagt: (Seite 76)

„Von andern stillschweigenden Pfandschaften.

„Es sein zweierley stillschweigende Pfandschaften, etliche haben noch diese Freiheit darzu, daß sie auch andern ältern Pfandschaften vorgezogen werden, als die in der 1, 2, 3, 4, 5, 6 und siebenten Stelle gesetzt worden, und sonsten deren in Rechten noch mehr mögen gefunden werden; Etliche aber haben keine Freiheit des Vorzugs, sondern werden geurtheilt nach ihrer aigen Zeit, nachdem sie alt, oder jung sein, und diese gehören auch in die 8te Stelle (mit den ausdrücklichen nämlich) unter diejenige so aus-

druckentliche Pfandverschreibungen haben, also, da ihre stillschweigende älter sein, als die ausdruckentliche, sie denselben vorgehen, doch daß sie den stillschweigenden Pfandschaften, die auch die Freiheit des Vorzuges haben, alsdann wiederumb ausweichen müssen.“

Dann spricht der Art. 18. deutlich die stillschweigende Pfandschaft auf den Gütern eines Verwalters von der Zeit aus, als er die Verwaltung übernommen hat, ohne daß der neo acquisita besonders Erwähnung geschieht.

Endlich stimmt dieses stillschweigende Unterpfandsrecht mit dem Vorzuge ganz mit jenem der 6ten Klasse überein, in welcher nach Art. 15. den Pupillen, Kirchen, Spitälern, Städten und andern Kommunen ebenfalls das stillschweigende Unterpfandrecht cum jure praelationis auf des Vormunds, Verwalters ꝛc. sämmtlichen Haab und Gütern von der Zeit der angetretenen Verwaltung eingeräumt wird. Allein Baron v. Schmid glaubte in Art. 16. (S. 72) von den fiskalischen Foderungen in einem zusammenhangenden Satze nur das stillschweigende Unterpfand und Vorzugsrecht des Fiskus in neo acquisitis zu finden; wie er in seinem Kommentar ad Edict. Process. Art. 16 et 17. darzustellen sucht, indem er sagt:

Videtur quidem noster articulus glossae sententiam approbare, cúm expressè dicat, quod fiscus ex contractu aut administratione, quae alteri commissa est, tacitam hipothecam, et NB., Noch darzu den Vorzug vor

allen älteren Gläubigern, die auch nur stillschweigende Pfandt, doch bey solchen dergleichen Freyheit des Vorzugs, welche denen in vorgehenden Articklen gesetzten Glaubigern gegeben ist, nit haben: Id est, quod praeter tacitam hypothecam fiscus habeat etiam jus praeferentiae ante omnes antiquiores creditores, qui solam tacitam hypothecam, et nullum privilegium, quod creditoribus in prioribus articulis datum est, obtinent: Videtur enim manifeste haec sequela deduci; fiscus in suis praetensionibus ex contractu, vel administratione descendentibus non praefertur creditoribus, ut articulus dicit, in prioribus sex classibus contentis, et praeter hypothecam tacitam speciale privilegium praelationis habentibus, ergo praefertur creditoribus nullum tale privilegium praelationis, sed nudam hypothecam legalem anteriorem habentibus, prout quondam me praesente quidam hunc articulum ita interpretari voluit: Sed hic genuinus sensus non est, debuissent enim sequentia a verbo, wie auch, usque ad verbum, gebührt, per parenthesin includi, ut manifestius appareret, utrumque casum cum subsequentibus verbis, in denjenigen Gütern, connecti, ut sensus sit, fiscum antiquiorem hypothecam tacitam habentibus non praeferri, nisi in bonis post contractum cum fisco initum, vel administrationem rerum fiscalium susceptam noviter acquisitis. Manet igitur superior regula firma, quod fiscus in praetensionibus suis ex contractu, vel administratione descendentibus nec tacitam, nec expressam generalem, vel specialem hy-

pothecam priorem habentibus praeferatur. Limitatur autem haec regula in rebus a debitore fiscali post contractum cum fisco initum, vel administrationem susceptam noviter acquisitis: In illis enim rebus, quas debitor fiscalis postea acquisivit, fiscus omnes creditores, priorem, tacitam, vel expressam, generalem, aut specialem hypothecam habentes superat per text. express. in l. si qui 28. ff. de Jure fisci.“

Nach dieser angeführten Stelle glaubt also Baron v. Schmid, daß der Fiskus in der 7ten Stelle blos in neo acquisitis nebst dem Unterpfand ein Vorzugsrecht habe, daß der Artikel 16. mit dem Unterpfand und Vorzugsrechte in einem zusammenhangenden Satze blos auf die neo acquisita sich beziehe, und daß er mit seiner stillschweigenden Hipothek auf den sämmtlichen vor der angetretenen Verwaltung oder geschlossenem Kontrakt erworbenen Gütern weder den ältern ausdrücklichen noch stillschweigenden Hipothekgläubigern vorgehe.

Baron von Kreittmair glaubte dieser Auslegung des Baron v. Schmid, und deßwegen sagt er in seinen Annotationen ad Cod. jud. Kap. 20. §. 8. „Nach gemeinen Rechten hat zwar Fiskus eine stillschweigende Hipothek; ob er aber auch ein jus praelationis hat, ist (nach Baron von Schmid) streitig. Jus bavaricum räumt ihm wenigst dergleichen nicht ein, ausser so viel bona neo acquisita betrifft. Allein ungeachtet der Achtung, welche ich für die Kenntnisse dieser großen zwei Rechtsgelehrten habe, überzeugt mich

das Landrecht vom Jahre 1616. Art. 10. vollkommen, daß der Fiskus nach Art. 16. mit seiner Foderung ex contractu vel administratione a) auf des Schuldners früher erworbenen Vermögen ein stillschweigendes Unterpfand mit dem Vorzugsrechte in der 7ten Klasse vor den übrigen stillschweigenden Hipotheken ohne Vorzug in der 8ten Klasse habe, daß er aber den ältern ausdrücklichen Hipotheken weichen müsse, und daß er b) mit seinem stillschweigenden Unterpfande in neo acquisitis nicht nur allen ältern nicht privilegirten stillschweigenden Hipotheken in der 8ten Klasse, sondern auch sogar den ältern ausdrücklichen Hipotheken vorgehe, welch letzterer Fall ohnehin keinem Zweifel unterworfen ist."

Beweis meiner Behauptung aus dem Art. 19. des Gantprocesses vom Jahre 1616.

Der Art. 16. des Landrechtes setzt den Fiskus mit seinem stillschweigenden Pfand auf den früher erworbenen Gütern des Verwalters oder Kontrahenten nicht nur in die 7te Klasse, welche schon nach der Klassifikation den stillschweigenden ältern Unterpfanden in der 8ten Klasse vorgehen, sondern der Art. 19. sagt ausdrücklich, daß nur ältere ausdrückliche Verpfändungen (sonst in der 8ten Klasse) den jüngern fiskalischen und landschaftlichen Foderungen vorgehen sollen, ausser in neo acquisitis, wo der Fiskus allen ältern ausdrücklichen und stillschweigenden Hipotheken vorgeht. Der Art. 22. theilt endlich die stillschweigenden Pfandschaften in zwei Klassen, nämlich a) in

die privilegirten, mit dem Vorzugsrechte von der 1sten bis 7ten Klasse, also ausdrücklich mit Einschluß der fiskalischen Foderungen cum hipotheca tacita et jure praelationis auf dem früher erworbenen Vermögen des Verwalters oder Kontrahenten; und b) in die stillschweigenden Pfandschaften in der 8ten Klasse ohne Vorzug, welche also in der 8ten Klasse immer bleiben müssen, ungeachtet sie älter sind, als die jüngern Pfandschaften der 1sten bis zur 7ten Klasse.

Ich stimme mit Baron von Schmid allerdings überein, daß der Fiskus nach gemeinem Rechte L. 2. Cod. in quib. caus. pign. in dem vor dem Kontrakt erworbenen Vermögen des Kontrahenten nur ein einfaches stillschweigendes Unterpfand besitze; da aber das gemeine Recht gewöhnlich die Gläubiger in 5 Generalklassen (classes generales), dagegen der baier. Gantproceß vom Jahre 1616 die Gläubiger in 10 Klassen eintheilt, und den Fiskus in die privilegirte 7te Klasse setzt, so kann von dem gemeinen Rechte auf die abweichende Bestimmung des baierischen Rechtes kein Schluß gezogen werden.

Baron v. Schmid hat also den wahren Sinn des Art. 16. durch das gemeine Recht verwirrt, und da Baron v. Kreittmayr über diese widersprechende Stelle hinwegschlüpfte, und des Baron von Schmid Irrthum adoptirte, so hat er in dem Cod. jud. Kap. 20. §. 8. gegen Art. 9 und 10. ein sich widersprechendes Gesetz aufgestellt, welches nothwendig einer Leuteration bedarf, wenn die Verwirrung gehoben werden soll; da die Wechselgerichtsordnung vom Jahre 1785 Kap. 11.

§. 4. so wie die neuere Verordnung von 1807 über Briefschulden diesen Irrthum ebenfalls aufnahmen, und die Wechsel- und Bierschulden in die 7te Klasse setzten, denselben aber den Vorzug der 7ten Klasse ausdrücklich nahmen, sohin dieselben eigentlich in die 8te Klasse stellten.

Sollten also der Fiskus, die Fabriken, dann die Wechsel- und Bierschuldfoderungen die 7te Klasse in der Prioritätsordnung mit der rechtlichen, und aus der Natur der Sache so wie aus dem Landrechte von 1616 hervorgehenden Wirkung behaupten, oder soll in der gegenwärtig bestehenden Gerichtsordnung die 7te Klasse nicht blos dem Namen nach (wie es wirklich ist) sondern mit einem gesetzlichen Unterschiede vor der 8ten Klasse bestehen; so müßten in Kap. 20. Art. 8. Nr. 2. und in der Wechselordnung Kap. 11. §. 4. die Worte: ältere stillschweigende Hipothekgläubiger (ohne Vorzug) weggestrichen, und dieselben in der 8ten Klasse gelassen werden, wie dieß der §. 10. ohnehin (also den vorigen Stellen widersprechend) ausspricht.

Will man aber den stillschweigenden Hipotheken noch das Wort „privilegirt" in der Art beisetzen, daß die Foderungen der 7ten Klasse sowohl den ältern stillschweigenden privilegirten als ausdrücklichen Hipotheken auszuweichen haben, so werden unter diesen privilegirten stillschweigenden Hipotheken die von der 1sten bis 6ten Klasse verstanden: dann bleibt mir nichts mehr zu erinnern übrig; weil auf diese Art alle Klassen in der gehörigen Ordnung gestellt sind.

XIX.

Können nach dem öffentlichen Anschlage und der Ausschreibung der Ediktstage noch Wechselfoderungen bei dem königlichen Wechselgerichte zu dem Ende eingeklagt und geschaft werden, daß sie von dem Tage der Anerkennung ihrer Richtigkeit angefangen, bei dem forum des Universalkonkurses das Vorzugsrecht in der 7ten Klasse erhalten; oder gehören dergleichen Wechselfoderungen unter die Kurrentgläubiger?

Da bei den Justizbehörden beinahe allgemein der Grundsatz seine Anwendung findet, daß alle diejenige Wechselkreditoren, welche erst nach der Dekretirung der Gant ihre Wechselfoderungen bei

dem königlichen Wechsel- und Merkantilgerichte einklagten, und daselbst ein richterliches Urtheil bewirkten, dessen ungeachtet in Hinsicht dieser als richtig anerkannten Wechselfoderungen blos unter die Kurrentgläubiger gesetzt werden; so lohnt es wohl der Mühe, die Entscheidungsgründe, auf welche das Urtheil gebaut zu werden pflegt, näher zu würdigen.

Diese Entscheidungsgründe stützen sich auf folgende Gesetzesstellen:

1) Quod concursus sit judicium universale. Cod. jud. Cap. 19. §. 13.

nach welchem Grundsatze alle streitige Gegenstände, welche auf die Gantmasse Anspruch machen, von dem Momente der Ladung oder der öffentlichen Ausschreibung der Ediktstage angefangen zu dem Gantforum gezogen werden müssen; sohin an dem bestimmten Liquidationstage die Foderungen nur in der Eigenschaft liquidirt werden können, in welcher sie bis zum Momente der öffentlichen Vorladung erworben worden sind.

II. Die zweite Gesetzesstelle glaubt man in dem ungültigen Geständnisse des Kommundebitors nach ausgebrochenem Konkurse zu finden. Diese Stelle Cod. jud. Kap. 19. §. 6. Nr. 2. ist folgende:

„Wird auch durch die von Seite des Schuldners erst nach erregtem Konkurse erfolgte Geständniß, oder Agnition einer Schuldfoderung ohne andern dazukommenden erheblichen adminiculis denen Mitgläubigern an ihren dagegen habenden rechtlichen Einwendungen

nichts benommen, oder präjudicirt, wohl hingegen kommt jedem aus ihnen zu Guten, was der Schuldner gegen diese oder jene Foderung mit Fug wirklich eingewendet, oder wenigst einzuwenden gehabt hat.

III. Wird folgende Behauptung als Entscheidungsgrund aufgestellt:

„Das Vorzugsrecht, welches die Wechselordnung Kap. 11. §. 4. den für richtig anerkannten Wechselbriefen in der 7ten Stelle vor den jüngern Pfandgläubigern einräumt, ist durch die Novelle vom 19. Juli 1787 beschränkt, und fängt nach der ausdrücklichen Bestimmung erst zu der Zeit an, da die Wechsel bei dem königlichen Wechselgerichte als richtig anerkannt sind. Nur diejenigen Vorzugsrechte können bei der Lokation als existirend angenommen und berücksichtigt werden, welche vor der Gant vorhanden waren. Sowenig daher eine von dem Kommunschuldner erst nach dem Ausbruche der Gant ausgestellte Hipothek eine Priorität begründen kann, ebensowenig entsteht solche aus einer erst nach erkannter Gant vor dem Wechselgerichte geschehenen Anerkennung des Wechsels.“

Dieses sind die Gesetzesstellen und die Gründe, auf welche man die Meinung stützte, daß die erst nach erregtem Konkurse beim königl. Wechselgerichte eingeklagten, für richtig erkannten und geschaften Wechselfoderungen blos unter die Kurrentschulden zu setzen seyen.

A) Konnte die Absicht des Gesetzgebers bei der Bestimmung der Wechselvorzüge, und der dadurch veranlaßten Wechselordnung wirklich dahin gerichtet seyn, daß diese Vorzüge erst von der zufälligen Anerkennung des Wechsels vor dem Ausbruche der Gant abhängen, und nicht vielmehr in dem ausgestellten, und obgleich nach erregtem Konkurse als richtig erkannten Wechsel selbst gegründet seyn sollte? Und

B) kann aus den angeführten Gesetzesstellen der Civil- und Wechselgerichtsordnung die Bestimmung wirklich nachgewiesen, oder aus denselben gründlich gefolgert werden, daß die erst nach erregtem Konkurse beim Wechselgerichte eingeklagten und geschaften Wechselfoderungen unter die Kurrentschulden zu setzen seyen?

Ad A) Der Zweck und die Absicht des Gesetzgebers bei Einführung der Wechselordnung und des Wechselgerichtes war die Beförderung des Kredits, und der daraus hervorgehenden Belebung der Nationalbeschäftigung und des Handels, wie wir uns aus dem Eingange und den Motiven der ersten Wechselordnung in Baiern vom 1 Juli 1776 überzeugen. M. G. S. 1. B. p. 92.

Diese Verordnung sagt §. 4. „Um die Wechselrechte bestens zu unterstützen, wollen wir den Vorzug der Wechselbriefe vor gemeinen Schuldverschreibungen in concursu creditorum bestimmt wissen. Daher sollen die förmlichen Wechsel in Fällen wo die quaestio prioritatis statt findet, das privilegium und praerogativ mit unsern Fabriken und Manufakturen geniessen.“

Da nun dieser Vorzug der Wechselfoderungen vor den gemeinen Schuldverschreibungen, besonders in concursu creditorum seine wohlthätigen Wirkungen äußert, so konnte vernünftiger weise keineswegs in der Absicht des Gesetzgebers liegen, diesen Vorzug durch die Einklagung der Wechselfoderung vor dem unvorgesehenen Ausbruche der Gant abhängig zu machen. Vielmehr liegt ein Grund des Vorzuges, welcher den Wechselfoderungen in dem Konkurse eingeräumt wird, in dem Umstande, weil man nämlich bei Handelsleuten den reinen Vermögensstand niemals richtig einsehen und erkennen, folglich die Gant nie voraussehen kann. Soll also bei dieser Ungewißheit der Kredit der Wechsel erhalten werden, so darf das Gesetz bei der Priorität der Wechselfoderungen keinen Unterschied festsetzen, ob die wechselgerichtliche Klage und Erkenntniß vor oder nach ausgebrochenem Konkurse erfolgt sey; denn sonst wäre die Bestimmung dieses Vorzuges kapziös, und der Zweck würde nie erreicht.

Wir kennen auch keine Wechselordnung, welche solch einen widersprechenden Grundsatz ausspricht; vielmehr räumen sie den Wechselfoderungen als solchen größtentheils eine hipothecam tacitam et legalem ein.

Man sehe die Augsburgische Wechselordnung Kap. 13. §. 7. welche durch die baierische Wechselordnung §. 21. S. 30. in subsidium als Richtschnur vorgeschrieben ist.

Ad B) Auch die angeführten Gesetzesstellen der baierischen Gerichts- und Wechselordnung spre-

chen die Bestimmung nicht aus, daß die erst nach erregtem Konkurse beim Wechselgerichte eingeklagten und geschaften Wechselfoderungen unter den Kurrentschulden zu setzen seyen, denn

Ad I.) Ist das judicium universale concursus auf alle causas particalares ex capite connexionis nach Cod. jud. Cap. 19. §. 13. Nr. 1. nur in Hinsicht des punctum prioritatis oder des Vorzugsrechtes gegründet, so, daß alle Foderungen quoad quantum et quale sub poena praeclusi am ersten Ediktstage eingedungen werden müssen; dagegen muß nach §. 14. die Liquidation derjenigen Foderungen, welche von ganz besonderer Eigenschaft sind, an dasjenige forum zur Verhandlung und Ausmachung verwiesen werden, wohin dieselben von Rechtswegen gehörig sind. Da nun die Untersuchung aller Wechsel- und Merkantilgegenstände nach der Wechselordnung vom Jahre 1785. 1. Kap. §. 2. blos zum Wechselgerichte cum derogatione omnium aliarum instantiarum et privilegiorum gehörig ist, so folgt ganz klar, daß die Wechselfoderungen quoad punctum liquidationis zum Wechselgerichte gehören, quoad punctum prioritatis et executionis aber ein Gegenstand des forum concursus bleiben.

Diesen Grundsatz spricht die Wechselordnung im 2ten Theile von der Gerichtsbarkeit Kap. 1. §. 5. (Seite 33) und Kap. 11. §. 1. (Seite 70) buchstäblich aus, indem diese Stellen lediglich von der Exekution und Priorität, keineswegs aber von der Liquidation beim forum concursus

sprechen, welche blos dem kompetenten Wechselgerichte allein vorbehalten sind.

Ad II.) Was hingegen das Eingeständniß des Kommundebitors nach erregtem Konkurse betrifft, so ist zwar das Gesetzesaxiom richtig, quod confessio non noceat, nisi confitenti, und daß das Geständniß des Kommunschuldners nach erregtem Konkurse ohne dazu kommende erhebliche Adminikeln *) den übrigen Kreditoren an ihren rechtlichen Einwendungen nicht präjudicire; allein wir müssen den Begriff a) des Geständnisses von Seite des Kommundebitors, und b) der Einwendungen von Seite der Kreditoren wohl würdigen.

Ad a) Es ist ein großer Unterschied, ob der Kreditor den Beweis seiner Foderung lediglich in der bloßen Bejahung des Kommundebitors, oder ob er den Beweis vielmehr in der Anerkennung einer schon früher (vor dem Konkurse) ausgestellten Privaturkunde (Wechselbrief) zu begründen suche. Im ersten Falle wird die bloße Bejahung von Seite des Kommunkreditors gegen die Einwendung, ja selbst gegen die simple Verneinung von Seite der Kreditoren nichts frommen, weil das Geständniß des Kommundebitors nach Cod. jud. Kap. 19. §. 6. wenigst mit erheblichen Adminikeln unterstützt seyn muß. Im zweiten Falle hingegen ist die Anerkennung einer (Wechsel-) Schuldfoderung in der früher ausgestellten Urkunde nur mehr eine Bestätigung des schon in der

*) Ueber den Begriff von Adminikeln verweise ich wieder auf das vortreffliche Werk Miltners, der baierische Gantproceß Seite 240.

frühern Urkunde (Wechselbrief) liegenden Geständnisses der Schuldfoderung, und deßwegen ist diese Urkunde gewiß ein erhebliches Adminikel.

Ad b) Unter dem Ausdrucke: „Rechtliche Einwendungen“ begreift also die baierische Gerichtsordnung den an sich wesentlich verschiedenen Begriff des bloßen Abläugnens der jenseitigen unbelegten und auch durch keine Adminikeln unterstützten Foderung, dann der Entgegensetzung eines besondern Rechtsgrundes (exceptio in specie) wodurch der anerkannte Klaggrund des Klägers aufgehoben wird: z. B. die Entgegensetzung der exceptio solutionis, compensationis gegen eine als richtig anerkannte Schuldfoderung. Diese Vermischung zwei ganz verschiedener Begriffe in ihren gesetzlichen Wirkungen haben auch die ganz sonderbaren Gesetzesbestimmungen in Cod. jud. Kap. 6. §. 7. bei dem Gesetzesaxiom: Qui excipit non fatetur, und Kap. 9. §. 12. bei der Confundirung des Gegenbeweises (nämlich des direkten und indirekten) veranlaßt. Allein die strenge Absonderung dieser Begriffe liegt nicht nur in unserer urtheilenden Vernunft, sondern wir finden sie auch in des Baron v. Kreittmayr Anmerkungen ad Cod. jud. Cap. 19. §. 6. litt. b., wo er ausdrücklich anführt, daß bei der nach ausgebrochener Gant vom Kommundebitor einmal anerkannten Schuldverschreibung keineswegs mehr ein bloßes Abläugnen derselben von Seite der Kreditoren hinreiche, sondern daß der Beweis einer exceptio in specie, z. B. solutionis, non nummeratae pecuniae intra biennium etc. entgegengesetzt werden müsse; welch letztere jedoch bei Geldwechseln nicht statt findet.

Ad III.) Da die Verbindlichkeit der Rekognition oder der eidlichen Diffession des ausgestellten Wechsels schon mit dem Tage der Wechselausstellung in Ansehung des Wechselschuldners entsteht; so entspringt in dem nämlichen Momente für den Wechselgläubiger der Anspruch auf die Vorrechte der Wechselfoderungen; nur bestimmt die Novelle vom 19. Juli 1787 Nr. 7, daß der Anspruch des Vorzugsrechtes erst von der Zeit an soll geltend gemacht werden können, wenn der Wechsel bei dem Wechselgerichte als richtig erkannt ist.

Es giebt also der Wechsel selbst das Vorzugsrecht, welches jedoch erst von der Zeit der durch das Wechselgericht geschehenen Kontrolle über die Richtigkeit desselben in Wirkung tritt. Diese bei dem Wechselgericht zu geschehende Anerkennung der Richtigkeit des Wechsels setzt aber nicht blos die Agnition von Seite des Wechselschuldners, sondern auch die obrigkeitliche Prüfung der ~~durch~~ die Wechselordnung vorgeschriebenen Formalitäten des Wechselbriefes selbst, nach W. O. §. 2. S. 11., ferner der wechselfähigen Personen nach §. 3., dann der geschehenen Gelderlage bei Geldwechseln an Juden nach Litt. M. S. 15, und der Verordnung vom 19. Juli 1787, des Gebrauches des Stempelpapiers, ibid. Nr. 6, der noch nicht geschehenen Verjährung, §. 14., rc. voraus.

Auch hat die Bestimmung des Wechselvorzuges nach der Zeit der Anerkennung der Richtigkeit des Wechsels und nicht nach der Zeit des ausgestellten Wechselbriefes die gute Folge, daß der

Kommundebitor nach erregtem Konkurse keine falsche Wechselbriefe unter weit früheren Daten mehr ausstellen könne, welche in Hinsicht der Priorität der Zeit den wahren Wechseln vorgezogen werden müßten, wenn das Gesetz den Vorzug nach der Zeit der Wechselausstellung bestimmt hätte. Das Vorzugsrecht des vor der Gant ausgestellten Wechsels ist also schon vor dem Ausbruche des Konkurses begründet, weil die Anerkennung oder eidliche Diffession des Wechsels nach erfolgter Gant blos mehr eine nothwendige Folge einer vom Kommundebitor schon früher übernommenen Verbindlichkeit ist. Ganz anders wäre es, wenn der Kommundebitor erst nach ausgebrochener Gant einen Wechsel ausstellen wollte; denn dieß kann er so wenig mehr, als wenig er nach erregtem Konkurse durch eine ungültig ausgestellte Hipothek eine Priorität begründen kann; weil in beiden Fällen erst nach erkannter Gant eine gegen die Gesetzesstelle Cod. jud. Kap. 19. §. 4. laufende, der Gantmasse nachtheilige, sohin ganz ungültige Handlung vorgenommen würde.

Die Wechselfoderungen sind also in Hinsicht der Richtigkeits-Anerkennung derselben oder quoad punctum liquidationis von dem forum concursus unabhängig, und nur an das Wechselgericht gebunden. Die Wechselfoderungen hingegen sind quoad punctum prioritatis an das forum universale concursus gebunden, und müssen dort sub poena praeclusi am ersten Ediktstage eingedungen, dagegen quoad punctum liquidationis an das Wechselgericht verwiesen werden; weil ein Wechsel keine gemeine

Foderung ist, und über die Richtigkeits-Anerkennung das Gantgericht forum incompetens ist.

Die Richtigkeit dieser von mir bisher aufgestellten Behauptung setzt das Leuterationsgesetz vom 1sten August 1780 (und bestätigt durch die weitere Leuteration vom 18ten Nov. 1782.) M. G. S. I. B. S. 194., um so mehr ausser allen Zweifel, als auf diese Leuteration die verbesserte Wechselordnung vom 24. Nov. 1785 gebaut wurde.

Dieses Leuterationsgesetz bestimmt ausdrücklich:

a) daß den Wechselschulden gleich den inländischen Fabriken und Manufakturen ein stillschweigendes Unterpfand und Prälationsrecht in der siebenten Stelle nach dem Fiskus zukomme, und daß

b) die Wechselgläubiger bei dem Konkurse, wo es auf die quaestionem prioritatis ankömmt, und zwar ohne Unterschied, ob solcher schon vor oder nach der wechselgerichtlichen Klage und Erkenntniß ausgebrochen ist, sich mit andern Kreditoren einzulassen, über die Priorität mit ihnen zertiren, sofort jenen, welche ein älteres oder mehr privilegirtes Recht gaudiren, in der Zahlung und Exekution allerdings auszuweichen haben.

Wenn wir nun mit diesen Gesetzesstellen die Verordnung vom 19. Juli 1787 Nr. 7. zusammenstellen, so finden wir nicht nur keinen Widerspruch, oder eine Aufhebung der erstern Leu-

terationsgesetze, sondern wir überzeugen uns von der schon aus der Natur der Wechseln hervorgehenden Richtigkeit, daß die Erkenntniß über die Richtigkeit der Wechsel sowohl vor als nach dem Gantdekret, nach dem Leuterationsgesetze vom Jahre 1780, durch das kompetente Wechselgericht ausgesprochen; daß aber das Vorzugsrecht bei dem Gantforum nach der Novelle vom Jahre 1787 Nr. 7. erst von dem Momente dieser Richtiganerkennung des Wechsels, und nicht von dem Tage der Wechselausstellung selbst an in Anspruch genommen werden könne, und seine rechtliche Wirkung äußere.

Uebrigens heischt die Beförderung des Kredits, der Geldzirkulation und des Handels, daß die Richtigerkennung, oder die Ingrossirung der Wechselfoderungen nach vorgängiger Prüfung allen Stadt- und Landgerichten, und nicht ausschlüßig dem Wechselgerichte allein, übertragen werde; denn nur durch diese Kreditsanstalt kann der Staat ohne Verkürzung der Rechte, und ohne Verursachung großer Kosten die alsobaldige Ingrossirung der Wechsel zur Pflicht machen, und durch diese alsobaldige Ingrossirung kann dem Betruge gesteuert werden, daß der Kridar durch erst später ausgestellte, aber früher datirte Wechsel die nicht privilegirten Gläubiger im Konkurse nicht mehr präjudicire.

XX.

I.

Müssen ausländische Wechselgläubiger im Konkurse das reciprocum beweisen, oder steht der Beweis des Gegentheils den übrigen Konkurskreditoren zu, oder ist es Sache des officii judicis?

II.

Wieviel Procente können bei Wechselbriefen gefodert und zuerkannt werden, wenn in dem Wechselbriefe dieselben nicht bestimmt sind: und wieviel Procente dürfen bei den gewöhnlichen Gelddarlehen den vom Wechsel- und Geldnegotz lebenden Privaten zuerkannt werden?

I.

Da nach der Wechselordnung 1. Kap. §. 3. S. 32. die fremden Kaufleute, Negotianten und Gewerbstreibende auch ausser den Marktzeiten nur in dem Falle den Inländischen gleich behan-

delt werden, wenn gegen die Inländischen in den Wohnorten der Ausländischen das reciprocum gestattet wird: so frägt es sich, ob und wer dieses reciprocum beweisen müsse, oder ob dasselbe solange vermuthet werde, bis das Gegentheil bewiesen ist, oder ob dieß ein Gegenstand des officium judicis sey?

Da die baierische Wechselordnung hierüber nicht deutlich abspricht, sondern der §. 21. S. 30 in nicht angemerkten Vorfällen uns auf die Wechselordnung in Augsburg verweiset, diese aber Kap. 13. §. 4. sagt:

„Wer von Ausländern bei hiesigen Fallimenten konkurriren will, muß mittels Attestaten von seiner Obrigkeit darthun, daß die hiesigen Gläubiger das nämliche Klassifikations- und Konkurrenzrecht in seinem Wohnorte zu genießen haben; ausser welchem ein solcher reciprocirlich klassificirt, oder ausgeschlossen bleibt“

so folgt ganz klar, daß der ausländische Wechselgläubiger die Reciprocitätsurkunde von seiner Obrigkeit nachtragen müsse. Uebrigens scheint es der Natur der Sache angemessen, daß (wenn je die Beobachtung der Reciprocität den Staatswirthschaftsgrundsätzen entsprechend gefunden wird, welches ich bei Waaren-Wechselschulden als Hinderniß der inländischen Industrie allerdings, keineswegs aber bei Geldwechselschulden als Beförderungsmittel der innern Geldcirkulation zugebe) bei einer Gesetzesrevision der Gantrichter angewiesen werde, daß er ex officio auf die bestehende Reciprocität Rücksicht zu nehmen habe, welche durch die Wechsel- und Konkursordnung der ausländischen Behörden, oder durch Kor-

respondenz, oder endlich durch Anfrage bei den höhern Justizbehörden in Kenntniß gebracht werden kann.

II.

Die Wechselordnung vom Jahre 1785. §. 10. Seite 22. bestimmt folgendes:

„Bei Wechselschulden, doch mit Ausschluß aller andern Schulden, kömmt das Interesse, wenn es in dem Wechselbriefe nicht eigentlich bestimmt ist, nach dem Merkantilfuß a $\frac{1}{8}$ pr. Wochen anzunehmen; doch wird den berechtigten Banquiers, und dergleichen großen und Wechsel-negotia treibenden Kaufleuten vergönnt, bei den auf baar Geld lautenden Wechselbriefen nebst obigem Interessebetrag auch noch eine im Merkantil herkommliche und erlaubte, und dem Geschäfte angemessene Provision anzusetzen.“

Wenn also in den Wechselbriefen das Interesse nicht bestimmt wurde, so darf demnach $\frac{1}{8}$to pr. Wochen oder ein jährliches Interesse nach $6\frac{1}{2}$ Procent eingeklagt werden, worauf also in Gantfällen nach der Bestimmung des Cod. jud. Kap. 20. §. 13. Nr. 2. et sequent. sowohl in Rücksicht der alle Jahre eingeklagten, als der Zinsen des gefreiten Jahrganges, endlich in Rücksicht der während der Gant verfallenden Zinsen erkannt werden muß.

Ungeachtet nach Cod. civ. 2r Th. Kap. 3. §. 21. Nr. 5. die landesgebräuchlichen und gesetzlichen Zinsen nur in fünf von hundert beste-

hen, so bestimmt diese Gesetzesstelle dennoch, daß in dem Falle höhere Zinsen gefodert, und darauf erkannt werden dürfe, wenn sub nomine lucri cessantis vel damni emergentis ein mehrers bewiesen werden kann.

Aus diesem Gesetzesgrunde werden also auch bei den gewöhnlichen Gelddarlehen, welche von den Banquiers oder von Wechsel und Geldnegotz = lebenden Privaten an Andere vorgestreckt werden, statt den gewöhnlichen fünf von hundert, vielmehr $6\frac{1}{2}$ Procent zuerkannt.

Anhang

zur ersten Abhandlung, „Ueber die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrauen bei dem Universalkonkurse ihrer Ehemänner.“

Erörterung der zwei Fragen:

I.

In wieferne macht das bloße Geständniß des Ehemannes, welches durch zehnjährige Cohabitation bestättigt wird, über die Einbringung der Paraphernalgüter der Ehegattinn eine vollkommene Probe gegen die creditores in concursu?

II.

In wieferne haben die durch die Gantmasse nicht befriedigten Gläubiger ein Recht, im Namen des verganteten Ehemannes auf die Administration und die Nutzniessung desjenigen Heirath- und Paraphernalgutes, welches die Ehegattinn in der Gant gerettet hat?

Ad I.

Wenn wir die Gesetzesstelle Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 6. mit der Anmerkung litt. f.; dann Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 24. (S. 151.) zusammenstellen, und den wahren Sinn dieser angeführten Stellen mit des Baron Schmid Kommentar des alten Ediktprocesses Art. 12. Nr. 17. vergleichen, so ergiebt sich folgendes Resultat: daß, wenn die zehnjährige Cohabitation erwiesen ist, das Geständniß des Ehemannes über die Einbringung der Paraphernalgüter gegen die Gläubiger eine vollkommene Probe mache, es mag nun dieses Geständniß vor oder nach erregtem Konkurse erfolgen; denn die zehnjährige Cohabitation ist nach Cod. jud. Kap. 20. §. 6. Nr. 6. ein erhebliches adminiculum, und nach Cod. jud. Kap. 19. §. 6. Nr. 2. macht das Geständniß des Kommunschuldners auch nach erregtem Konkurse in dem Falle eine hinreichende Probe, wenn es durch ein erhebliches adminiculum unterstützt ist.

Unterläge aber des verstorbenen Ehemannes Vermögen der Gant, und die Ehegattin könnte neben der zehnjährigen Cohabitation aus den Heirathspakten beweisen, daß das Paraphernalgut in denselben konstituirt wurde, so wäre dieser Beweis nicht hinreichend; weil das Geständniß des Ehemannes den wirklichen Empfang des Paraphernalguts aussprechen muß. Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 24. Nr. 9 u. 10.

Ad II.

Da der Ehemann während der bestehenden Ehe in Hinsicht des eingebrachten Heirath=

guts nach Cod. civ. 1r Th. Kap. 6. §. 13. Nr. 17. sowohl das dominium civile auf das Heirathgut selbst, als auf den Zuwachs, und auf die davon abfallende Früchte erlangt, und ihm in Hinsicht der Paraphernalgüter während der Ehe nach §. 22. die Administration und Nutzniessung zusteht; dagegen die Gesetze der Ehegattin bei dem Universalkonkurse ihres Ehemannes die Vorzugsrechte ihres Heirath- und Paraphernalguts lediglich als Privilegium zur Sicherheit ihres Vermögens ad ferenda matrimonii onera, zur Alimentation und Erziehung ihrer Familie einräumen, und sie nach Cod. civ. 1r Th. §. 12. Nr. 7. nur in dem Falle zur Ernährung und Unterhaltung ihres Ehemannes verbunden ist, wenn er unvermöglich und arm ist, d. h. wenn er sich aus Mangel der Geistes- und Körperkräfte nichts mehr verdienen kann; so folgt, daß die durch die Gantmasse nicht mehr befriedigten Kreditoren allerdings ein Recht auf dasjenige Quantum des Zuwachses von den geretteten Gütern der Ehegattinn und der davon abfallenden Früchte haben, welches durch richterliches Ermessen nach Abzug des jährlichen standesmäßigen Unterhaltes und der Erziehungskosten der Familie, der Ehegattin noch als ein bleibender Ueberschuß ausgesprochen wird, und daß dieser rechtliche Anspruch der Gläubiger so lange, nach der in Rechtskraft erwachsenen Ordnung ihres Vorzuges nach und nach fortdauere, bis dieselben vollends befriedigt sind.

Ich finde diese Bestimmung zwar nicht in den ausdrücklichen Worten, wohl aber in dem Sinn und Geiste Cod. jud. Kap. 19. §. 20. Nr. 3.

Der baierische

Kriminal = Inquisitions = Proceß,

chronologisch geordnet,

und nach den verschiedenen Gesetzesartikeln des zweiten Theiles von dem Strafgesetzbuche zusammengestellt.

Erinnerung.

Da die Bestimmungen über die einzelnen Schritte des Untersuchungsrichters bei der Leitung des Kriminalprocesses in den verschiedenen zerstreuten Artikeln des Strafgesetzbuches aufgesucht werden müssen; sohin selbst von den gründlichsten Kriminalisten manche Formalität übersehen werden dürfte, zumal der größte Theil der Beamten mit Kriminaluntersuchungen sich nicht ausschließend beschäftigen kann; so habe ich zu meinem eigenen praktischen Gebrauche die verschiedenen Gesetzesartikeln in chronologischer Ordnung nach dem praktischen Proceßgange selbst zusammengestellt, um bei den Untersuchungen einen schnellen Ueberblick über die wesentlichsten Bestimmungen, sohin stets einen sichern Leitfaden vor Augen zu haben.

Da ich mich übrigens bei dieser Zusammenstellung der verschiedenen Artikel des Grundtextes jeder Privatanmerkung enthielt, sohin nichts

weniger als gegen das allerhöchste Rescript vom 19ten October 1813 einen Kommentar auch nur über einen einzelnen Artikel schreiben wollte, so ist die öffentliche Mittheilung dieser Blätter, nach dem geäußerten Wunsche vieler praktischen Kriminalisten, gerechtfertigt. Uebrigens kann diese kurze Uebersicht nur die Hauptmomente des Inquisitionsprocesses enthalten.

Zweiter Theil.

Von dem Processe in Strafsachen.

Allgemeine Bestimmungen.

§. 1.

Die Strafgerichtsbarkeit verfährt nach Art. 2. von Amtswegen, ohne daß es einer Klage oder Beschwerde des beleidigten Theils bedürfte.

§. 2.

Durch Auffoderung zum Beweise wegen angeblicher Diffamation (provocatio ex lege diffamari) durch Injurienklagen gegen den Angeber und dergleichen, kann nach Art. 10. ein angefangener Untersuchungsproceß weder aufgehoben, noch dessen Anfang, wenn sonst rechtliche Gründe dazu vorhanden sind, abgewendet werden.

Erstes Buch.

I. Titel.

Erstes Kapitel.

Von der Kompetenz der Kriminal-gerichte.

§. 1.

Der ordentliche Gerichtsstand des Angeschuldigten ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Verbrechen begangen worden ist, begründet. (forum delicti commissi) Art. 22.

§. 2.

Jedes Kriminal- und andere Gericht, in dessen Bezirke das Verbrechen nicht begangen wurde, hat den verdächtigen Verbrecher zu ergreifen, und nach vorgenommener summarischer Verhör, (Art. 155.) dem Gerichte der begangenen That zur Untersuchung auszuliefern. Art. 23.

§. 3.

Die Zuständigkeit eines Gerichtes über den Haupturheber, begründet auch die Zuständigkeit über alle Theilnehmer, Gehülfen, und Begünstiger. Art. 24.

§. 4.

Treffen bei demselben Verbrechen Civil- und Militärpersonen zusammen, so wird sowohl das untersuchende, als erkennende Gericht aus Militär- und Civilpersonen zusammengesetzt. Art. 27.

§. 5.

Civilpersonen, welchen ein bevorzugter Gerichtsstand zukommt, werden durch das Kriminalgericht erster Instanz untersucht, vorbehaltlich der Generaluntersuchung und der provisorischen Verhaftung, als wozu, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, das Untergericht gleichfalls ermächtiget ist. Art. 28.

Zweites Kapitel.

Von der Besetzung des Gerichts.

§. 1.

Bei Untersuchungen über Verbrechen wird zu jeder gerichtlichen Handlung, welche auf Begründung rechtmäßigen Beweises wider den Angeschuldigten gerichtet ist, die Gegenwart des Untersuchungsrichters, und eines beeideten Aktuars erfodert Art. 37.

§. 2.

Der bloße Mangel der Beeidung einer Gerichtsperson wird durch nachfolgende Ablegung des Eides gehoben. Art. 38.

§. 3.

Amt und Pflichten des Aktuars.

Art. 41 — 47.

1) Der Kriminalaktuar muß verpflichtet worden seyn.

2) Das Protokoll muß enthalten im Eingange

a) die Veranlassung und den Gegenstand desselben.

b) das Jahr, den Tag, und die Tageszeit der vorgenommenen Gerichtshandlung,

c) die Bezeichnung des Ortes, wo dieselbe geschah, und

d) der gegenwärtig gewesenen, vereideten oder nicht vereideten Personen.

3) In dem einmal Niedergeschriebenen darf kein Umstand ausgestrichen, zugesetzt, oder verändert werden; alle etwa nöthigen Veränderungen oder Zusätze sind eigens zum Protokoll zu bemerken und von den Zeugen oder Angeschuldigten durch besondere Unterschrift zu genehmigen.

4) Alle Augenscheins- und Verhörsprotokolle müssen am Ende jeder Seite mit dem Namenszuge des Untersuchungsrichters versehen, und am Schluße von ihm selbst, vom Aktuar und Abgehörten unterschrieben werden. Schreibensunkündige machen ein Zeichen, wobei der Aktuar zu bemerken hat, von wem es herrühre.

5) Besteht ein Protokoll aus mehrern Bogen, so soll dasselbe mit einer blauen und weissen Schnur geheftet, und diese am Ende mit dem Gerichtssiegel auf dem Blatt befestigt werden.

6) Bei jeder Kriminaluntersuchung muß ein eigenes Tagebuch gemacht, und der Akt in einen oder mehrere Bände zusammengeheftet werden. Dieses Tagebuch wird bei der Akteneinsendung denselben beigefügt.

Drittes Kapitel.

Von Untersuchungs-Gefängnissen.

§. 1.

Der Verhaftete soll nur wegen besonderer Gefährlichkeit seiner Person, oder bei Gefahr der Flucht mit Fesseln belegt werden. Art. 51.

§. 2.

Dem Gefangenen gebührt ausser der nöthigen Kleidung zur Schlafstelle ein Strohsack mit einer Decke; zur Nahrung aber, nebst Wasser und Brod, täglich eine warme Speise, und wöchentlich zweimal ein halb Pfund Fleisch.

Auf eigene Kosten oder aus Unterstützung anderer, darf ihm bessere Verpflegung an Kost, Kleidung und Bett verschaft werden. Art. 52.

§. 3.

Der Untersuchungsrichter soll wenigstens alle Monate die Gefängnisse seines Bezirkes unvermuthet besuchen, die Gefangenen in Abwesenheit der Gefangenwärter befragen, und sogleich das Nöthige, soweit es die Grenzen seiner Befugniß nicht übersteigt, verfügen. Art. 57.

§. 4.

Instruktion für Gefangenwärter und deren Gehülfen; siehe Regierungsblatt 35tes Stück vom 30ten Jenner 1813. Seite 794.

II. Titel.

Erstes Kapitel.

Von dem Anfange der Untersuchung und deren Veranlassung.

Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit eines begangenen Verbrechens wird erhalten

1) durch Anzeigen (Denunciationen) Art. 60. 2) durch Gerüchte, Art. 66. 3) durch Selbstanzeige des Thäters, Art. 67. 4) durch den auf der That ertappten Verbrecher, Art. 68. 5) durch Privatkenntniß des Untersuchungsrichters. Art. 69.

Zweites Kapitel.

Von der Generaluntersuchung.

Die Generaluntersuchung geht nach Art. 72. dahin, um sowohl über die Wirklichkeit des angezeigten Verbrechens den nöthigen Beweis zu den Akten zu bringen, als auch durch Auffindung hinreichender Verdachtsgründe gegen den unbekannten Verbrecher die Untersuchung möglich zu machen.

Die Generaluntersuchung besteht also

I. In der Herstellung des Thatbestandes des Verbrechens.

II. In der Auffindung des unbekannten Verbrechers.

Ad I. Die Herstellung des Thatbestandes des Verbrechers geschieht

1) durch Augenschein,

2) durch Zeugenvernehmung.

Ad II. Die Auffindung des unbekannten Verbrechers geschieht 1) durch Zeugenvernehmung, insbesondere durch Vernehmung der Leumundszeugen. 2) Durch Haussuchungen. 3) Durch vorläufige Vernehmung des Inkulpaten. 4) Durch den provisorischen Civilarrest oder persönlichen Verhaft bei Todes- Ketten- oder Zuchthausstrafe, und 5) dem damit verbundenen summarischen Verhör des Befragten oder Gefangenen.

Ad 1) Von dem Augenscheine.

Der Augenschein ist nach Art. 74, 241, 243 vorzunehmen:

1) Bei vorgefallener Tödtung, mit Zuziehung des ordentlichen Gerichtsarztes Art. 243, oder wenn dieser den Verstorbenen in der letzten Krankheit behandelt hat, eines andern öffentlich angestellten Arztes, oder zweier zur Praxis berechtigter und beeideter Wundärzte.

Das Gutachten muß nach Art. 242 schriftlich verfaßt, und in demselben die Bestimmung des Art. 245 umständlich und gründlich enthalten seyn.

Die Leichenbeschau erfodert also nach Art. 243. ausser dem Richter und einem beeideten Aktuar, die Zuziehung eines beeideten Gerichtsarztes und ein schriftlich verfaßtes Gutachten, und kann nur im Nothfalle durch zwei beeidete Wundärzte vorgenommen werden.

Die Vollständigkeit erfodert die Oeffnung der drei Haupthöhlen des menschlichen Körpers; indessen entsteht nach Art. 244 aus der

Unterlassung keine Richtigkeit, wenn die Tödtlichkeit der Verletzung keinem gegründeten Zweifel unterliegt.

Bei einer Kindestödtung ist ausser der Tödtlichkeit zu untersuchen, ob das Kind lebendig geboren, und lebensfähig gewesen sey. Art. 77.

Bei vergifteten ist das Gift im Körper auf- und sodann chemisch zu untersuchen. Art. 78.

2) Bei Verwundungen und andern Verletzungen, wobei durch den Gerichtsarzt, in Beiseyn des Gerichtes die Wunden genau zu beschreiben sind. Art. 79.

3) Bei heimlichen Geburten, Kindesmord ꝛc. wo die Angeschuldigte in Beiseyn zweier ehrbaren Frauen, von dem Gerichtsarzte oder einer beeidigten Hebamme untersucht wird. Art. 80.

4) Bei Entwendungen oder Beschädigungen des Eigenthumes; um die Größe der Gewalt, oder List, oder des Schadens zu bestimmen. Art. 81.

Der Betrag der Entwendungen, Veruntreuungen oder Entschädigungen hingegen ist nach Art. 293 durch Sachverständige, oder wenn dieß nicht geschehen kann, durch Personen, welchen die fragliche Sache und deren Werth bekannt ist, oder wenn auch dieß unthunlich ist, durch eidliche Schätzung des Beschädigten, oder desjenigen, welcher die Sache im Besitz oder Verwahrung hatte, zu erheben. Jedoch soll nach Art. 240 die von den Sachverständigen zu untersuchende Sache, wo möglich, vor der Besichtigung dem Angeschuldigten zur gerichtlichen Aner-

kennung vorgezeigt werden; ist aber derselbe erst später in Untersuchung gekommen, so ist sie wenigst alsdann zur Anerkennung demselben vorzulegen.

Bei Brandstiftungen, um den Schaden und die Entfernung der Brandstätte von andern Wohnungen zu bestimmen, oder die Qualificirung nach Art. 248. u. f. I. Theil herzustellen.

Ad 2) Von der Zeugenvernehmung.

Die noch unbekannten Spuren des Verbrechens (so wie des Verbrechers) können nach Art. 85 auch durch Vernehmung aller jener Personen hergestellt werden, von welchen eine Auskunft zu erwarten ist.

Besonders merkwürdig ist der Art. 86, laut welchem nach Umständen sogar derjenige in der Eigenschaft als Gezeuge vernommen werden kann, wider welchen schon einige Muthmaßung oder Verdacht vorhanden ist, damit dadurch der Verdacht gehoben oder begründet werde. *)

Befreiung von der Verbindlichkeit zum Zeugniß.

Nach dem Art. 204 sind von der Verbindlichkeit zum Zeugniß in peinlichen Sachen nebst den Beichtvätern in Beichtsachen, und dem Staatsbeamten in Staatssachen, mit Beziehung auf den 79. Art. I. Theil befreit.:

*) Ein kluger Untersuchungsrichter findet in diesem Art. 86. einiges Surrogat für die so höchst nöthige Civilverhör vor der Dekretirung der Spezial-Inquisition.

1) Blutsverwandte in auf= und absteigender Linie. 2) Leibliche Geschwister. 3) Ehegatten. 4) Im nächsten Grade Verschwägerte. Art. 79. 1r Theil.

Diese Personen müssen nach der Weisung des K. Oberappellationsgerichts vom 28. Dec. 1813. vor allen ad protocollum belehrt werden: daß ihnen das Gesetz die Freiheit einräume, sich des Zeugnisses zu entschlagen, und nur dann, wenn sie ihrer gesetzlichen Freiheit entsagt haben, darf die Zeugenverhör mit ihnen, wie mit allen andern Personen, also auch mittels Eides wirklich vorgenommen werden.

Untüchtigkeit der Zeugen.

Die nach Art. 278 und 279 untüchtigen, so wie der Schuld verdächtigen Zeugen, sollen zwar vernommen, aber nicht vereidet werden.

Von dem Protokolle über Vernehmung der Zeugen.

Nebst der Beobachtung der durch Art. 41 — 43 vorgeschriebenen allgemeinen Formalitäten und Requisiten eines Protokolls und der obbemerkten Belehrung an die Anverwandten, besteht das Zeugenvernehmungsprotokoll a) aus der vorläufigen Ermahnung, b) den persönlichen Fragen, und c) den sonderheitlichen-Fragen, und zwar in folgender Art:

Vorläufige Ermahnung.

Man hat den als Zeugen ämtlich vorgerufenen N. N. bei seinem heutigen Erscheinen vor Gericht zuvörderst ermahnt, über den Vorfall, worüber er werde vernommen werden, seine Wissenschaft in

reiner unverfälschter Wahrheit ohne Rückhalt auszusagen; zugleich hat man demselben seines zu leistenden Eides erinnert, und ihn über die Bedeutung des Eides, und die Folgen eines falschen Eidschwures umständlich belehrt. Art. 20.

Persönliche Fragen an die Zeugen.

1) Wie heißt ihr mit Tauf- und Zunamen, von welcher Religion, Alter, Geburts- und Wohnort seyd ihr?

2) Welches ist euer Stand und Erwerb oder Vermögen?

3) Seid ihr zu dem (Beklagten / Inquisiten / (Gefangenen N. N. verwandt, oder demselben mit besonderen Pflichten zugethan; oder seyd ihr demselben besonderer Freund oder Feind?

4) Seyd ihr zu dem (Beleidigten) N. N. verwandt; oder demselben mit besonderen Pflichten zugethan; oder seyd ihr demselben besonders Freund oder Feind?

5) Habt ihr von eurer Aussage Nutzen zu hoffen, oder Schaden zu befürchten; oder hat euch Jemand wegen des Zeugnisses etwas angeboten oder gegeben?

6) Habt ihr euch nicht mit andern Personen über eure Aussagen im Voraus benommen?

Nach Beantwortung vorgedachter persönlichen Fragen; sind alle Zeugen, wenn gegen deren Eidesfähigkeit (Art. 278 u. 279) keine Bedenklichkeit obwaltet, zu vereiden, oder ihres früher geleisteten Eides zu erinnern. Die Art. 280 in sieben

Nummern blos als verdächtig vorgetragenen Zeugen sind zu beeidigen. Minderjährige sind nach Art. 281, nach zurückgelegtem 18ten Jahre eidesfähig.

Die Frage: „Ob Zeuge schon eines Verbrechens wegen untersucht, und bestraft wurde" bleibt nach Umständen dem Inquirenten in dem Falle zu stellen überlassen, wenn er Spuren hat. Resolut. vom 15ten Oktober 1813 des Appellationsgerichts des Isarkreises.

Meineids-Erinnerung. *)

Nachdem ihr als Gezeuge obrigkeitlich vorgestellt worden seyd, so habt ihr als Christ vor dem hier ausgestellten Christus die reine Wahrheit über die euch vorzulegende Fragen ohne mindeste Zurückhaltung zu bestättigen, und eure Seele für den so schrecklichen Folgen des Meineides zu bewahren, welche euch sowohl in dieser als jener Welt unausweichlich treffen würden.

Der abzulegende Eid legt euch die Verpflichtung gegen Gott, gegen eure Obrigkeit und den Nächsten auf, die Wahrheit bei eurem Gewissen ganz rein zu sagen. Der Meineid aber bringt über euch die so höchst traurigen Folgen, daß die Strafe Gottes euch als schweren Sünder, und als Uebertreter seiner ersten Gebote gewiß treffe, daß ihr von eurer Obrigkeit als Verbrecher bestraft, aller

*) Es findet sich zwar in den Anmerkungen zum Judiciarkodex 10. Kap. §. 14. litt. d. eine bisher nicht immer beobachtete Meineidsformel, welche aber dem gegenwärtigen Geiste der Zeit nicht mehr angemessen scheint, zumal bei Gebildeten und in Kriminalvernehmungen.

Zeugschaft in Zukunft untüchtig, und endlich verurtheilt werdet, euerm Nächsten allen ihm durch euern begangenen Meineid verursachten Schaden zu ersetzen. Nehmt also die Schwere des Meineides recht lebhaft zu Gemüthe, und schwört vor Gott, die unbefangene Wahrheit ohne den mindesten Rückhalt zu sagen.

Eid. *)

Ich schwöre zu Gott einen Eid, daß ich in der Sache, in welcher ich als vorgestellter Zeuge vernommen, und befragt werde, die reine und unverfälschte Wahrheit ohne mindeste Zurückhaltung sagen, und dieselbe weder aus Freundschaft, Feindschaft, Furcht, Neid, Haß oder Gunst, oder um Geschenke, oder einer Gabe willen, noch aus Hoffnung eines Gewinnes oder Vortheils, oder aus irgend einer andern Ursache verschweigen, auch nichts dazu setzen, oder davon wegnehmen, sondern alles so rein und lauter angeben werde, als ich es bei meinem Wissen und Gewissen angeben könne. So wahr mir Gott helfe, und alle seine Heiligen.

Bei Protestanten aber:

So wahr mir Gott helfe, und sein heiliges Evangelium.

Die Meineidserinnerung und die Eidesformel bei Juden findet sich in Cod. jud. in Not. Cap.

*) Des mehrern Eindrucks wegen läßt der Gerichtsgebrauch das Krucifix vorstellen, zwei Wachslichter anzünden, bei dem männlichen Geschlechte den Daumen und die ersten zwei Finger der rechten Hand in die Höhe heben, bei dem weiblichen Geschlechte aber die rechte Hand auf die Brust legen.

10. §. 14. Litt. E., wobei noch zu bemerken ist, daß der Jude die Hand auf die Bibel, und zwar auf das Wort Adonay zu legen angewiesen werden müsse.

Besondere Fragen.

Die besondern Fragen über die Hauptthat sind nach dem Art. 212. 213 ꝛc. zu Protokoll auszuführen.

Gilt es aber vorerst in der Generaluntersuchung die Erforschung des Thäters; so sind die Zeugen blos im allgemeinen nach Art. 88 zu befragen:

1) Ist euch nicht bekannt, daß sich dieses oder jenes Verbrechen zugetragen habe? 2) Woher ist euch dieses bekannt? 3) Wen habt ihr deßwegen in Verdacht? 4) Warum und aus welchen Gründen? 5) Sind euch nicht andere Personen, welche allenfalls Auskunft darüber geben können, bekannt? 6) u. s. w.

Gebärden-Protokoll.

Der Untersuchungsrichter soll nach Art. 216. das Benehmen der Zeugen beobachten, und alle Umstände zu Protokoll bemerken.

Die Zeugen werden sodann, nach vorgängiger Vorlesung und Bestättigung, dann nach Unterschreibung ihrer Aussage nach Art. 217 unter Auflegung des Stillschweigens entlassen.

Ad II. Die Auffindung des unbekannten Verbrechers geschieht

Ad 1) durch Zeugenvernehmung, wie so eben gesagt wurde; insbesondere aber durch die Vernehmung der

Leumundsgezeugen.

Wieviel an der gründlichen Herstellung der Leumundserfahrungen liege, lehrt uns nicht nur die tägliche Erfahrung bei Kriminaluntersuchungen, sondern es sprechen auch die Art. 323 und 324 diese Wahrheit sehr deutlich aus; so daß die gute Aufführung immer eine allgemeine Vermuthung der Unschuld giebt, und gegen selbe immer stärkere Verdachtsgründe erfodert werden. Indessen muß eine gründliche Leumundserfahrung die ganze Individualität des Menschen umfassen.

Ad 2) Von der Haussuchung.

Der Richter ist nach Art. 251 berechtigt, in der Wohnung des Verdächtigen die verborgenen Beweismittel der Schuld aufzusuchen. Indessen wird dazu erfodert, daß der Hauseigenthümer oder Bewohner entweder der Specialinquisition schon unterworfen, oder durch bestimmte Anzeigungen eines Verbrechens verdächtig, oder wenigstens nach seinem Charakter und Lebenswandel eine Person sey, zu welcher man sich der That versehen kann.

Ad 3) Von der vorläufigen Verantwortung des Inkulpaten.

Nach dem Art. 99. muß vor Verfügung der Specialinquisition der Verdächtige unter höchstens 8tägiger Frist zur schriftlichen Verantwortung, jedoch vorbehaltlich der allenfalls nothwendigen provisorischen Verhaftung, aufgefodert werden, wenn nämlich der Verdächtige 1) mit liegenden Gründen, oder 2) durch ordentliches Gewerb, oder 3) durch Anstellung im öffentlichen Dienste angesessen, und bisher so unbescholten war,

daß man sich von dessen Charakter und Lebensart der angeschuldeten That nicht versehen kann.

Jedoch soll bei erwähnten Personen nach Art. 101 ohne schriftlicher Verantwortung sogleich auf die Specialuntersuchung erkannt werden, wenn 1) der Verdächtige die Flucht ergriffen hat, oder 2) wenn die vorhandenen Verdachtsgründe und Beweismittel der Ueberweisung nahe kommen.

Ad 4) Von der provisorischen Verhaftung.

Niemand darf nach Art. 118 wegen einer Anschuldigung seiner Freiheit beraubt werden, ausser in den in dem Art. 94 ausgesprochenen vier Fällen des gegen den Angeschuldigten gegründeten persönlichen Verdachtes.

Jedoch tritt nach Art. 119 in nachfolgenden fünf Fällen selbst bei entferntem, oder noch nicht gehörig erhobenen Verdachte der provisorische Verhaft ein; nämlich:

1) Wenn der vermuthliche Thäter ein Vagabund, oder ein der Flucht verdächtiger Ausländer ist.

2) Wenn er auf der Flucht ergriffen wurde, oder Anstalten zur Flucht macht.

3) Wenn er wegen ähnlichen Verbrechens gestraft, oder nur von der Instanz entlassen wurde.

4) Wegen schlechter Aufführung, Lebenswandel, da man sich der That versehen kann.

5) Personen, welchen nach Art. 99 das Recht der vorläufigen Vertheidigung gestattet ist, dürfen in den Art. 13 bemerkten Fällen, näm-

lich bei Todes- Ketten- oder Zuchthausstrafen, provisorisch verhaftet werden.

Die provisorische Haft ist nach Art. 123 blos Civilarrest, und ist der Verhaftete (welcher Gefangener oder Befragter heißt) in seiner eigenen Wohnung, oder in einem vom Kriminalgefängniß separirten Aufbewahrungsorte zu verwahren, und kann nur bei besonderer Gefahr der Flucht gefesselt werden.

Von dem summarischen Verhör.

1) Nach Art. 155 ist ein blos provisorisch Verhafteter, überhaupt derjenige, wider welchen noch nicht mit Specialinquisition verfahren werden darf, desgleichen ein Jeder, welcher von einer Polizeibehörde gefänglich eingebracht worden; es sey wider denselben von seinem Richter bereits die Specialinquisition verfügt oder nicht, blos durch summarisches Verhör zu vernehmen

2) Jeder Gefangene soll nach Art. 132 längstens innerhalb 24 Stunden nach geschehener Arretirung verhört werden.

Die Polizeibehörden haben das summarische Verhör in dem Falle vorzunehmen, wenn die Ablieferung an den Untersuchungsrichter wegen Entfernung nicht innerhalb 12 Stunden geschehen kann.

Protokoll über die summarische Verhör nach Art. 156, 157, 158.

Allgemeine Ermahnung.

„Ihr werdet im allgemeinen ermahnt, daß ihr eurer Obrigkeit in allen die Wahrheit saget, und

daß ihr auf die euch vorzulegende Fragen bestimmt und deutlich antwortet.

Persönliche Fragen.

1) Wie heißt ihr mit Tauf- und Zunamen, von welchem Alter, Religion, Eltern und Geburtsorte seyd ihr?

2) Welches ist euer Stand, euer Gewerb und Vermögen?

3) Seyd ihr ledig oder verheirathet, mit wem, und wieviel habt ihr Kinder?

4) Seyd ihr schon einmal verhaftet gewesen, wo und warum?

3) Welches ist euer Wohnort, und wo habt ihr euch zuletzt aufgehalten?

Besondere Fragen.

1) Ist euch die Ursache eurer Vorrufung (oder euers Verhaftes) bekannt?

2) Man hat wohl Grund, anzunehmen, daß euch die wahre Ursache eurer Befragung gut bekannt sey?

Bekennt der Angeschuldigte, so dringt der Untersuchungsrichter nach Art. 161 durch specielle Fragen in denselben; dagegen darf keine Polizeibehörde durch specielle Fragen inquiriren, sondern sie darf blos das Angegebene aufzeichnen. Läugnet aber der Befragte, so ist das Verhör ohne weiters zu schließen, jedoch seine Person, wenn dieß nicht schon früher geschehen ist, zu dem Pro-

tokoll genau zu beschreiben, und in der Generaluntersuchung über Begründung oder Abwendung des wider den Angeschuldigten vorliegenden Verdachtes weiter zu verfahren. Art. 160.

Auf das in dem summarischen Verhör abgelegte Geständniß kann der Angeschuldigte nach Art. 162 in keine peinliche Strafe verurtheilt werden; stimmt hingegen dasselbe mit dem ersten ordentlichen Verhör vollständig überein, so darf nach Art. 169 und 146 ohne weiterm Verhör zu dem Vertheidigungs- oder Schlußverfahren übergegangen werden.

Von dem Schluße der Generaluntersuchung.

Die Generaluntersuchung ist nach Art. 91 zu schließen, sobald die Gründe aufgefunden sind, um eine Person in den Zustand der Anschuldigung nach Art. 94 zu versetzen, oder sobald mit Grund anzunehmen ist, daß alle weitere Nachforschung zur Entdeckung solcher Gründe fruchtlos seyn würde. Im ersten Falle, und wenn die Specialinquisition nach Art. 97 von dem Untersuchungsrichter nicht gleich selbst verfügt werden darf, sind nach Art. 98 die Akten nach geschlossener Generaluntersuchung zum Kriminalgericht zur weitern Entschliessung einzusenden.

Durch die provisorische Verhaftung, und das hierauf abgehaltene summarische Verhör allein, wird nach Art. 92. die Specialuntersuchung nicht begründet.

Von dem Erkenntniß des Kriminalgerichts auf die Generaluntersuchung.

Nach Art. 98 erkennt das Kriminalgericht nach geschehener Prüfung der eingesendeten Akten,

a) auf Ergänzung der Generalinquisition, oder
b) auf einstweilige Aufhebung des Processes, oder
c) auf definitive Aufhebung des Processes, oder
d) auf die Specialinquisition.

Drittes Kapitel.

Von der Specialinqursition.

1.

Die Specialinquisition beginnt, wenn eine Person in den Stand der Anschuldigung gesetzt ist, und über das ihr vermuthlich zur Last liegende Verbrechen persönlich Rede und Antwort zu geben hat. Art. 92.

Diese hat nach Art. 93 und 94 nur dann statt, wenn

A) bestimmte Gründe der Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit zu den Akten gebracht sind, daß
   1) die strafbare That geschehen sey, und
   2) daß jene Person sich derselben als Urheber, Gehülfe oder Begünstiger schuldig (verdächtig) gemacht hat.

B) Muß der persönliche Verdacht gegen den Angeschuldigten begründet seyn; wozu nach Art. 94 erfodert wird, daß entweder

1) der Thäter sich selbst persönlich vor Gericht angebe; oder

2) ein aussergerichtliches Geständniß erwiesen vorliege; oder

3) ein vollgültiger Zeuge, oder zwei nicht ganz vollgültige Zeugen über die That selbst, übereinstimmend aussagen, oder

4) Wenn ein naher dringender Verdacht (indicium proximum) vollkommen erwiesen, oder mehrere sich gegenseitig unterstützende Anzeigungen, obgleich unvollständig bewiesen, gegen den Beschuldigten vorhanden sind. Art. 95.

Aus der Zusammenstellung der Art. 95, 326 und 329 geht hervor, daß die Specialinquisition auch in dem Falle statt finde, wenn mehrere entfernte, oder mit der Thatsache nicht unmittelbar verbundene, sondern auf andere vernünftige Weise sich erklärende Umstände und Anzeigungen, oder zwar nahe, aber durch besondere Anzeigungen der Unschuld (Art. 323, 324) geschwächte Anzeigungen vorhanden, oder mehrere gegenseitig sich unterstützende, obgleich unvollständig erwiesene Anzeigungen zu Protokoll erhoben worden sind.

Was ist dringender Verdacht, oder indicium proximum?

Nach Art. 327 geben die Anzeigungen einen dringenden Verdacht, und heissen nahe Anzeigungen, wenn daraus zwar nicht mit Gewißheit, doch aber mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die bestimmte Person geschlossen werden kann. Wenn also die in dieser Person

zusammentreffenden Umstände mit dem vorliegenden Verbrechen so im bestimmten Zusammenhange stehen, daß eine andere vernünftige Erklärungsart zwar noch möglich, jedoch unter diesen Umständen unwahrscheinlich ist, und keine besondere Anzeigungen der Unschuld nach Art. 323 und 324 vorhanden sind.

2.

A) Von wem kann die Specialinquisition vorgenommen werden?

B) Welche Vertheidigung hat gegen die verfügte Specialinquisition statt? und

C) Welches Verfahren ist hierauf von dem Untersuchungsrichter nothwendig?

Ad A) Die Specialinquisition kann entweder

I. Gleich unmittelbar und ohne Akteneinsendung von dem Untersuchungsrichter selbst in folgenden sechs Fällen verfügt werden, nämlich

1) Wenn der Thäter sich selbst angiebt.

2) Wenn er auf der That ertappt wird.

3) Wenn bei der That gegenwärtig gewesene Zeugen wider den Verdächtigen deponiren.

4) Wenn ein beeideter Gerichts- oder Polizeibeamter über die That aus unmittelbarer Erfahrung die Anzeige macht.

5) Wenn der Verdächtige heimathlos oder nicht angesessen oder durch seinen Lebenswandel im übeln Rufe ist. (Der persönli-

che Verdacht ist in den durch Art. 94 ausgesprochenen vier Fällen gegründet.)

6) Wenn der Verdächtige (nach Art. 94) wegen eines Verbrechens derselben oder ähnlicher Art bestraft, oder in Untersuchung war, ohne ein freisprechendes Urtheil erhalten zu haben.

II. Die Specialuntersuchung wird nach vorgängiger Akteneinsendung nach geschlossener Generaluntersuchung von dem Kriminalgerichte erkannt.

Ad B) Vertheidigung dagegen.

Wider die erkannte Specialinquisition hat nach Art. 102 und 103 kein anderes die Vollstreckung hinderndes Rechtsmittel statt, ausser der Angeschuldigte kann in 24 Stunden den Beweis führen, worüber er sich gleich bei Bekanntmachung des Beschlusses zu erklären hat, daß

1) die ihm angeschuldigte That gar nicht geschehen ist, oder

2) daß er sich wegen Abwesenheit von dem Orte der That zur Zeit ihrer Begehung in der Unmöglichkeit befand, die angeschuldigte That zu verüben, oder endlich

3) daß ein Irrthum über seine Person vorwalte.

Ad C) Richterliches Verfahren.

Ist die Vertheidigung nicht auf obige Gründe oder Beweise gebaut, so hat sie der Untersuchungsrichter nach Art. 104 sogleich zu verwerfen. Im entgegengesetzten Falle hat der Untersuchungsrichter den Beweis der Gründe zu den

Akten zu bringen, und wenn derselbe so beschaffen ist, das eine Lossprechung des Angeschuldigten erfolgen könnte, so sind die Akten zum Spruche an das Kriminalgericht einzusenden; ausserdem aber ist ohne weiters mit der Specialinquisition zu verfahren. Der zur Specialuntersuchung gezogene heißt nach Art. 106 Inquisit und kömmt in das Kriminalgefängniß.

3.

Von dem Zwecke der Specialinquisition.

Der Zweck der Specialinquisition ist doppelt, nämlich (Art. 107.)

a) Ob und was Inquisit von der Beschuldigung abläugne, einräume, und was er zu seiner Entschuldigung anzuführen habe.

b) Um den Beweis der Schuld oder Unschuld sammt allen Umständen (insoferne letztere nicht bei der Generaluntersuchung hinlänglich erhoben wurden) zu den Akten zu bringen.

Der Beweis der Schuld ist nach Art. 108 von dem Untersuchungsrichter so herzustellen, daß kein rechtlich gegründeter Zweifel übrig bleibe,

1) über die Zurechnungsfähigkeit der Person, Art. 90 — 118, dann 119 — 141 I. Theil.

2) über den rechtswidrigen Vorsatz, Art. 39 — 56, dann 57 — 63. endlich 64 — 70.

3) über Veranlassung, Beweggrund und Endzweck des verbrecherischen Entschlusses;

4) über Vorbereitung, Mittel, die Art und Umstände der Ausführung des Verbrechens;

5) über die nach deren Vollbringung vorgefallenen merkwürdigen Thatsachen; endlich

6) über die allenfallsigen Mitschuldigen bei, vor oder nach Vollendung des Verbrechens.

4.

Von den Mitteln der Untersuchungshandlungen.

Zu obigem Zwecke bedient sich der Inquirent nach Art. 109 als Mittel:

I. Der Verhör des Inquisiten.

II. Der Vernehmung der Zeugen, und deren allenfalls nöthigen Konfrontation mit dem Inquisiten.

III. Der Einholung des Gutachtens von Sachverständigen, z. B. bei dem Betrage der Entwendungen, Veruntreuungen, Beschädigungen, nach Art. 293.

IV. Der Vornahme des nöthigen Augenscheines, endlich

V. Der Herbeischaffung und Produktion der Urkunden.

Ad I.

Von dem ordentlichen Verhör des Beschuldigten. Art. 163.

Das ordentliche oder peinliche Verhör eines Angeschuldigten kann nur nach beschlossener Specialinquisition, muß aber nach Art. 155

längstens innerhalb 24 Stunden nach geschehener Arretirung vorgenommen werden, und hat zum Zwecke, alles dasjenige, was a) die Schuld, b) Unschuld, oder c) mindere Strafbarkeit des Inquisiten betrifft, durch seine Vernehmung umständlich zu erforschen.

Bei vorgefallener Tödtung soll nach Art. 154 der Verdächtige sogleich zu dem Leichname geführt, dieser ihm zur Anerkennung (Rekognition) vorgezeigt, auch mit demselben sogleich nach geschehener Vorzeigung ein Verhör vorgenommen werden.

Von dem ersten ordentlichen Verhör.
Art. 164.

Ist der Angeschuldigte von dem Untersuchungsrichter bereits summarisch vernommen worden, und hat derselbe in dem summarischen Verhör vollends einbekannt; so wird derselbe in dem ersten ordentlichen Verhör, nachdem er zu offenem wahrhaften Geständniß mehrmals ermahnt worden, aufgefodert, die begangene That umständlich zu erzählen. Stimmt nun in diesem ersten ordentlichen Verhör das Geständniß mit jenem in dem summarischen Verhör gemachten Bekenntnisse vollends überein, so bedarf es (wie bereits oben gesagt wurde) nach Art. 169 keines weitern ordentlichen Verhörs mehr, sondern es ist nach Art. 146 zu dem Vertheidigungs- und Schlußverfahren überzugehen. Ausserdem muß das im ersten ordentlichen Verhör gemachte Geständniß in dem nächstfolgenden Verhör unter der zu machenden Erinnerung „den ganzen Vorfall nochmals

mit allen seinen Umständen nach der Zeitfolge zum Protokoll zu geben" wiederholt werden.

Verfahren beim ersten ordentlichen Verhör. Art. 165.

Ist der Angeschuldigte von dem Untersuchungsrichter zuvor noch nicht summarisch vernommen worden, oder hat derselbe in dem summarischen Verhör auf glaubwürdige Art nicht bekannt, so besteht das Verhör aus drei Abtheilungen, nämlich

1.
Allgemeine Erinnerung.

„Es wird euch erinnert, daß ihr wegen vorhandener Anschuldigung eines Verbrechens vor Gericht gestellt seyd, daß ihr auf alle euch vorzulegende Fragen bestimmt und deutlich zu antworten, und alles dasjenige, dessen ihr euch bewußt, offen und wahr zu bekennen habt; endlich daß ihr durch verstocktes Läugnen eurer Schuld derjenigen rechtlichen Vortheile verlustig werdet, welche die Gesetze mit einem aufrichtigen Bekenntnisse verbinden."

2.

Nun folgen die oben beim summarischen Verhör Seite 294 ausgesetzten

Persönlichen Fragen;

bey welchen nach Art. 166 über das Gewerbe, und den letzten Aufenthaltsort; bei Vaganten aber über den ganzen Lebenswandel umständlich

zu fragen ist, damit aus dem Gewerbe, Aufenthaltsorte ꝛc. wenn sie mit dem angeschuldigten Verbrechen im Zusammenhange stehen, und aus den wahr oder falsch befundenen Umständen der vorhandene Verdacht bestärkt, oder gehoben werden möge.

3.

Besondere Fragen. Art. 167.

1) Ist euch die Ursache eurer Vorrufung (oder eures Verhaftes) bekannt?

Schützt Inquisit seine Unwissenheit vor, so soll ihn der Untersuchungsrichter zuerst durch allmähliche, in entfernter Verbindung mit dem begangenen Verbrechen stehende Umstände, auf den Gegenstand der Untersuchung zu leiten suchen, und erst alsdann, wenn Inquisit bei seiner vorgeblichen Unwissenheit beharrt, demselben, jedoch ohne Anführung besonderer Umstände, die Gattung des ihm angeschuldigten Verbrechens benennen.

Bekennt aber Inquisit, so ist nach Art. 161 sich zu richten, und nach Art. 170 mit dem ordentlichen Verhör solange fortzufahren, bis durch dessen Geständniß der wahre Stand der Sache zur möglichsten Klarheit, Bestimmtheit und Gewißheit erhoben, das Geständniß selbst aber nach Erfoderniß des Art. 267, besonders Nr. 7, mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen im wesentlichen übereinstimmend hergestellt ist.

Am Ende eines jeden Verhörs ist der Gefangene nach Art. 57 zu befragen, „ob er mit

seiner Behandlung im Gefängnisse zufrieden sey, oder ob er deshalb Beschwerde zu führen habe?

Desgleichen ist das Gebärdenprotokoll richtig zu halten.

Von dem Verfahren gegen läugnende Inquisiten. Art. 171.

Läugnet der Angeschuldigte die That durchaus oder in einzelnen Hauptumständen, und kann die Wahrheit durch Zeugenaussagen vollkommen erwiesen werden; so soll man sich mit fruchtlosen Verhören des Inquisiten nicht aufhalten, sondern es soll die Herstellung des Zeugenbeweises verfügt werden.

Ist aber der Beweis unvollständig, so muß der Inquisit durch zweckmäßige Fragen zum Geständnisse der Wahrheit geführt werden. Das Strafgesetzbuch giebt hierüber den Leitfaden von Art. 172 bis 186.

Von Ungehorsams-Strafen. Art. 188.

Verweigert der Inquisit die Vernehmlassung, so soll ihm nach Art. 192 die Ungehorsams-Strafe umständlich vorgehalten, und dann, oder wenn er grob ist, nach Art. 56 oder 188 die Strafe von Wasser und Brod auf 3 Tage, sodann bei fortdauerndem Ungehorsam mit 25 Streichen von 3 zu 3 Tagen, jedoch nur dreimal wiederholt werden.

II.

Von dem Zeugenbeweise, und deren Konfrontation mit dem Inquisiten.

Läugnet der Angeschuldigte die That, so soll der Untersuchungsrichter zur Herstellung des Zeu-

genbeweises schreiten, wenn es möglich ist. Art. 171.

Durch zwei vollgültige, beeidigte und gründliche (Art. 267) Zeugen kann nach Art. 290. sowohl das Verbrechen (Handlung) als nach Art. 292 der Thatbestand des Verbrechens, oder nach Art. 293 der Betrag der Entwendung, Beschädigung ꝛc. oder endlich ein Indicium vollständig bewiesen werden. Zur gründlichen Vernehmung der Zeugen, besonders über eigenes Wissen, muß die Vorschrift der Art. 213 und 214 genau beobachtet, sohin dieselbe erschöpfend vorgenommen, und die zweifelhafte Wahrnehmung mit den Sinnen allenfalls durch Besichtigung des Ortes und anderer vorzunehmender Proben hergestellt werden. Die Fragen an die Zeugen, und die Formirung des Protokolls wurde bereits oben bei der Generaluntersuchung angeführt.

Wenn die Zeugen den Namen des Inquisiten nicht wissen, und denselben doch zu erkennen sich getrauen, oder wenn auch nur der mindeste Verdacht eines Irrthums in der Person, oder einer falschen Beschuldigung vorhanden ist, sollen die Zeugen allzeit angehalten werden, den Inquisiten nach seiner Gestalt, Sprache, Kleidung ꝛc. zu beschreiben, und hierauf denselben im Geheim rekognosciren.

Nach dem Art. 218. ist der Richter von Amtswegen verbunden, dem läugnenden Inquisiten entweder während der Untersuchung oder am Schluße derselben die Namen der Zeugen, durch welche er überführt werden soll, jedoch ohne Vorhaltung des Inhaltes ihrer Aussage mit dem Befragen zu eröffnen:

1) Kennt ihr die (genannte) Person, woher und wie lange?

2) In welchem Verhältnisse seyd ihr zu derselben gestanden?

3) Ob und was habt ihr gegen dieselbe einzuwenden?

Behauptet Inquisit, die ihm genannten Zeugen nicht zu kennen, so kann ihm auf sein Verlangen die persönliche Vorstellung der Zeugen selbst nicht verweigert werden, doch ist, wo möglich, diese Vorstellung mit der Konfrontation zu verbinden.

Von der Konfrontation. Art. 219.

Wenn ein Inquisit hartnäckig bei seinem Läugnen verharrt, so dürfen ihm nach vorsichtigem Ermessen des Untersuchungsrichters die wider ihn aussagende Zeugen, oder wider ihn Zeugenden, aufrichtig bekennenden Mitschuldigen unvermuthet entgegengestellt werden, um ihm ihr beschuldigendes Zeugniß in das Angesicht zu wiederholen, und dadurch ihn zum Geständniß zu bringen.

Von den Vorbereitungen zur Konfrontation. Art. 221 — 225.

1) Der Untersuchungsrichter soll sich zuerst aus den Akten zur Konfrontation vorbereiten, und die Fragen nach Art. 176 in der Art schriftlich entwerfen, daß mit den schwächern Anzeigungen der Anfang gemacht, sodann zu den stärkern, hierauf zu den gleichzeitigen Umständen der That, endlich zu einem und dem andern Hauptumstand übergegangen wird, indem er einzelne sich zurückbehält.

2) Hat der Richter den Konfrontanten selbst vorzubereiten, und denselben zu Protokoll zu befragen:

1) Ob er sich seiner frühern Aussagen erinnere?

2) Ob er dabei beharre? und

3) Ob er sich getraue, dieselbe dem Beschuldigten ins Angesicht zu sagen?

Zugleich ist demselben die Verschweigung derjenigen Umstände aufzutragen, welche zur Prüfung des einstigen Geständnisses als wesentlich erachtet werden.

3) Ist nöthigenfalls nach Art. 215 der Inquisit durch den Konfrontanten in Geheim rekognosciren zu lassen.

4) Unmittelbar vorher, ehe die Konfrontation vorgenommen wird, soll Inquisit vorgeführt, und über die bisher geläugneten Gegenstände noch einmal, jedoch nur im allgemeinen vernommen, demselben die Unglaubwürdigkeit seiner Aussagen nachdrücklich vorgehalten, und wenn er bei seinem Läugnen beharrt, auf der Stelle, und so unerwartet als möglich zur Konfrontation selbst geschritten werden, ohne daß Inquisit jemals vorläufig gefragt werden darf, ob er es auf eine Konfrontation wolle ankommen lassen. Art. 224.

Wie geschieht die Konfrontation? Art 227.

1) Der Zeuge und Konfrontant wird seines abgelegten Eides erinnert, und

2) hierauf werden folgende Fragen gestellt, und zwar

a) Fragen an den Konfrontanten:

1. Kennt ihr den euch vorgestellten Inquisiten?

2. Ist dieser dieselbe Person, welche ihr bei eurer Vernehmung im Sinne gehabt?

b) Fragen an den Inquisiten:

„Kennt ihr den euch Vorgestellten von Person oder mit Namen?

Alsdann wird zu den Hauptfragen geschritten, welche in die Mitte geschrieben, und rechts die Antwort des nun zuerst zu befragenden Konfrontanten, links aber die erfolgende Antwort des Konfrontaten gesetzt werden.

Besondere Aufmerksamkeit ist bei der Vornahme des Konfrontationsaktes auf das abzuhaltende Gebärdenprotokol des Konfrontaten und Konfrontanten zu richten.

III. und IV.

Von dem richterlichen Augenschein und von dem Gutachten der Kunstverständigen. Art. 232.

1) Sobald ein Umstand durch Augenschein erhoben werden kann, es betreffe der Umstand den Thatbestand, oder eine Anzeige des Verbrechens oder des Thäters, so muß der Augenschein, und zwar nach Art. 235 in Gegenwart 1) des Richters, 2) eines vereideten Aktuars, und 3) der Sachverständigen, wenn die Erforschung und Beurtheilung eine besondere Kunst oder Wissenschaft voraussetzt, vorgenommen werden.

2) Ein einziger Sachverständiger ist nach Art. 236 hinreichend, wenn derselbe zur Ausübung

seiner Kunst oder Wissenschaft mittels öffentlichen Amtes bestellt ist: Sonst sind jedesmal zwei erfoderlich.

3) Sachverständige sind vor dem Augenschein und vor Abgebung ihres Gutachtens zu beeidigen. Art. 237.

4) Die Besichtigung muß jedesmal in Beiseyn des Richters, oder des Richters von dem Orte geschehen, wohin die Sachen zur Besichtigung gesendet werden.

5) Ehe die Sache untersucht wird, soll sie dem Inquisiten zur Anerkennung vorgelegt werden. Art. 240.

6) Das Augenscheinsprotokoll muß nach dem Art. 241 die vorgeschriebenen vier Punkte in Hinsicht des Ortes, der Zeit, und soviel möglich aller kleinsten Umstände enthalten, wenn sie auch noch so unrichtig scheinen; auch ist zugleich alles, was in gerichtliche Verwahrung genommen wird, in ein genaues Verzeichniß aufzunehmen.

7) Das Gutachten der Sachverständigen über den Bestand der Sache ist sogleich zu dem Augenscheinsprotokolle selbst anzugeben; ausser sie hätten sich eine besondere schriftliche Ausführung vorbehalten. Art. 242.

8) Die Leichenbeschau fodert (wie bereits oben gesagt wurde) ein schriftlich verfaßtes Gutachten des beeideten Gerichtsarztes. Art. 243. und die Oeffnung der drei Haupthöhlen des menschlichen Körpers. Art. 244.

9) Das über den Befund auszustellende Gutachten, muß nach Art. 245, was die Bestim-

mung der Todesursache betrifft, die bestimmte Antwort auf folgende Fragen enthalten: (welche jedoch in dem schriftlichen Gutachten von dem Gerichtsarzte zu beantworten sind.)

I. Ob die untersuchte Person eines gewaltsamen Todes, und zwar an den bemerkten Verletzungen und Mißhandlungen gestorben sey? Oder im Gegentheil: Ob aus besondern Umständen als gewiß oder wahrscheinlich angenommen werden könne, entweder daß sie schon vor entstandener Verletzung todt gewesen, oder daß sie, an einer zu den nicht gefährlichen Verletzungen später hinzugekommenen Ursache gestorben sey?

II. Von welcher Natur und Beschaffenheit die tödtlichen Verletzungen und Mißhandlungen sind? nämlich

1) Ob dieselben nothwendig tödtlich sind, oder nur zuweilen den Tod zu bewirken pflegen?
2) Ob dieselben ihrer allgemeinen Natur nach den Tod bewirkten, oder nur in dem gegenwärtigen Falle, wegen ungewöhnlicher Leibesbeschaffenheit des Beschädigten, oder wegen zufälligen äußern Umständen Ursache des Todes gewesen sind;
3) Ob die Verletzung unmittelbar, oder mittelst einer Zwischenursache, welche durch jene erst in Wirksamkeit gesetzt worden, den Tod verursacht habe?

V.

Von dem Beweise durch Urkunden.

Bei der Vermuthung von dem Daseyn der den Untersuchungsgegenstand betreffenden Urkunden

hat sich der Untersuchungsrichter derselben durch die Haussuchung des Verdächtigen zu versichern. Art. 256. Zugleich hat sich aber der Richter auch anderer unverfänglicher Schriften von der Hand des Angeschuldeten zur Vergleichung der Handschrift durch zwei vereidete Schreibverständige zu versichern. Art. 247.

Ehevor dem Angeschuldigten die betreffende Haupturkunde zur Anerkennung vorgelegt wird, soll derselbe durch zweckmäßige Fragen über Allgemeine mit der Abfassung der Urkunde in Verbindung stehende Umstände, z. B. über seine Korrespondenz und andere dergleichen Thatsachen vernommen, sodann aber vorerst zur Anerkennung unverfänglicher Papiere, oder wenn solche nicht vorhanden sind, zum Niederschreiben eines Aufsatzes vor Gericht selbst angehalten werden. Läugnet der Angeschuldigte die ihm vorgelegte Haupturkunde, so sollen ihm die Gründe, weswegen man ihn für den Urheber halten müsse, nach und nach vorgehalten, endlich auch die beeideten Schreibverständigen oder die bei Abfassung persönlich gewesenen Zeugen unter die Augen gestellt werden. Art. 249.

Die bloße Vergleichung der Handschrift durch vereidete Schreibverständige, oder der mit den Schriftzügen des Angeschuldigten vertrauten, und eidlich vernommenen Personen, begründet nur eine nach Umständen nahe oder entfernte Vermuthung der Aechtheit. Art. 300.

Von dem Schlußverfahren am Ende des letzten Verhörs.

Sind durch die Verhören, und die Specialinquisition die Gegenstände der Untersuchung gehö-

rig erschöpft, oder keine nähere Aufklärung weiter zu hoffen, und tritt sohin das Schlußverfahren ein, welches die Herstellung und Ergänzung alles dessen, was etwa noch zur Vertheidigung des Angeschuldigten dienlich seyn mag, zum Hauptzwecke hat; (Art. 141) so ist der Untersuchungsrichter nach Art. 146 verbunden, dem Inquisiten am Ende des letzten Verhörs folgendes zu eröffnen:

„Man eröffnet euch nun beim Schlusse eures Inquisitionsprocesses in diesem letzten Verhör, daß euch nach den Gesetzen das Recht der Vertheidigung zustehe, daß euch zu diesem Ende ein (8 — 14 tägiger) Vertheidigungstermin bewilligt werde; daß diese gerichtliche Handlung ausschliessend eure Vertheidigung zum Zwecke hat, gemäß welcher ihr entweder selbst, oder durch einen zu wählenden rechtsverständigen Vertheidiger alles dasjenige anzubringen habt, was ihr der Wahrheit gemäß zu eurer Entschuldigung dienlich erachtet. Gebet also an, ob und wen ihr zur Uebernahme eurer Vertheidigung verlangt?“

Wenn nun der Inquisit erklärt, daß er keinen Vertheidiger und keinen Vertheidigungstermin verlange, oder muß demselben nicht von Amtswegen auch wider seinen Willen ein rechtsverständiger Vertheidiger beigegeben werden, welches nach Art. 142 bei Verbrechen geschehen muß, die mit Todes- oder Kettenstrafe belegt werden; so fährt der Untersuchungsrichter weiter fort:

„Man fodert euch auf, nunmehr selbst alles dasjenige anzugeben, was ihr der Wahrheit gemäß zu eurer Entschuldigung anzugeben dienlich erachtet?

Nach Art. 144 bestimmt das Untersuchungsgericht bei Ertheilung des Auftrages an die Vertheidiger *) zugleich den Termin der Vertheidigung, welcher nach der Größe und Wichtigkeit der Akten zu bemessen, und nur wegen ausserordentlichen Umständen zu erstrecken ist.

Der Vertheidiger ist nun berechtigt

1) Dasjenige, was noch der weitern Untersuchung bedarf, und die allenfalls nachträglichen Vertheidigungsbeweise anzuzeigen,

2) Alle rechtliche Gründe, welche die Gültigkeit des Verfahrens, die Glaubwürdigkeit und Kraft der Beweise, und überhaupt die Abwendung oder Minderung der Schuld betreffen, zum Protokoll zu geben.

Damit der Vertheidiger sich vorbereiten und untersuchen könne, ob alle zur Entschuldigung, oder Minderung der Strafen dienende Umstände gehörig erschöpft, und deren Beweise zu den Akten gebracht seyen, ist er nach Art. 145 berechtigt

1) Sämmtliche Untersuchungsakten in Gegenwart einer beeideten Gerichtsperson einzusehen.

2) Mit dem Gefangenen über die etwa noch zur Vertheidigung dienende Umstände, ohne Beiseyn einer Gerichtsperson zu unterreden.

---

*) Zur Vertheidigung sind Advokaten und Accessisten der Appellations- Stadt- und Landgerichte, welche in dem nämlichen Appellationsgerichts-Bezirke wohnhaft sind verbunden, jeder Rechtsverständige aber dazu berechtigt. Art. 143.

Damit sich der Vertheidiger aller unerlaubten Kunstgriffe enthalte, muß derselbe nach Art. 145, und besonders nach der Verordnung vom 28. April 1814, Regbl. St. 36. S. 993, 994. wenn er ein Advokat ist, seines geleisteten Eides erinnert; jede andere Person aber nicht allgemein für alle künftige Fälle, sondern bei jeder Vertheidigung, welche dieselbe übernimmt, jedesmal besonders auf nachstehende Art verpflichtet werden:

Eides-Formel.

„Ich N. N. schwöre zu Gott dem Allmächtigen einen Eid, daß ich bei der Vertheidigung des wegen — — — angeschuldigten N. N. die mir gegen den Angeschuldigten obliegende Pflichten treu und fleißig erfüllen; dagegen aber auch alle unerlaubten Kunstgriffe, vorzüglich bei der Unterredung mit dem Angeschuldigten gänzlich vermeiden, und die Gerechtigkeit und Wahrheit auf keinerley Weise gefährden wolle."

Will hingegen der Inquisit, ohne einen Vertheidiger zu verlangen, sich selbst vertheidigen, und dazu die ihm gegebenen Vertheidigungstermine benutzen, so fodert ihn der Richter nach Art. 137 in dem Vertheidigungstermin selbst auf, alles zur Entschuldigung dienliche der Wahrheit gemäß anzugeben, worauf sodann der Inquisit berechtigt ist

1) Alle nachträgliche Vertheidigungsbeweise anzuzeigen, und

2) Alle rechtliche Gründe über die Gültigkeit des Verfahrens, die Glaubwürdigkeit und Kraft

der Beweise, und über Abwendung und Milderung der Strafe zu Protokoll zu geben.

Sind diese Ergänzungen von Erheblichkeit, sollen sie nach beendigtem Schlußverfahren nach Art. 184 sogleich zu den Akten gebracht, und hievon der Vertheidiger, oder wenn keiner vorhanden ist, der Inquisit in Kenntniß gesetzt werden; unerhebliche Ersetzungen aber sind von dem Untersuchungsrichter selbst zu verwerfen.

Von der Akteneinsendung.

Nach beendigtem Schlußverfahren und allenfallsigen Ersetzungen werden die Akten zum betreffenden Kriminalgerichte eingesendet, und nach Art. 149 denselben zugleich ein Attestat des Landgerichtsarztes über die Leibesbeschaffenheit und den Gesundheitszustand des Inquisiten beigelegt, damit die Art und Größe einer allenfalls zu verfügenden körperlichen Züchtigung beurtheilt werden möge.

Ebenso ist den mittelst einfachen Remisses einzusendenden Akten das Kriminaltagebuch anzulegen.

Endlich ist es oft nothwendig, daß den Akten das corpus delicti, z. B. Instrumente ꝛc. beigelegt werden, weil sie gar oft zur Prüfung des Bekenntnisses des Inquisiten, oder zur Beleuchtung der Thatsache nothwendig sind.

Von der Verkündung des Urtheils.

Art. 350.

1) Das erfolgte Urtheil ist dem Inquisiten mit Zuziehung seines (zu zitirenden) Vertheidi-

gers in 24 Stunden zu eröffnen, auch ist der Vater, Vormund, oder Ehegatte, wenn sie sich in demselben Gerichtsorte befinden, von dem Verkündungstermine der allenfallsigen Erscheinung wegen in Kenntniß zu setzen.

Das Urtheil ist sammt den Entscheidungsgründen zu verlesen, und von beiden dem Angeschuldigten auf Verlangen eine Abschrift zu ertheilen.

2) Nach dem Art. 366 soll, wenn der Angeschuldigte zur Todes- Ketten- oder 20jähriger Zuchthausstrafe verurtheilt ist, das Urtheil, vor der officiellen Einsendung zum Oberappellationsgerichte, zur nothwendigen Revision dem Defensor des Inquisiten wegen allenfallsiger Ergreifung der Appellation verkündet werden.

Sogleich nach Vorlesung des Urtheils ist nach Art. 371 der Angeschuldigte von dem Untersuchungsrichter über das ihm zustehende Rechtsmittel deutlich zu unterrichten, und zu befragen:

„Ob er sich desselben bedienen wolle, oder nicht?"

Auf Verlangen ist ihm, oder seinem Defensor eine Bedenkzeit von 24 Stunden zu gestatten. Die Entsagung der Appellation muß aber in dem Falle nach 24 Stunden vor Gericht widerholt werden, wenn die Strafe schwerer ist als Arbeitshausstrafe.

Zufolge Entschliessung des königl. Oberappellationsgerichts vom 22. Jänner 1814 muß

dem Inquisiten eröffnet werden, daß das königl. Oberappellationsgericht ermächtiget sey, das von dem königl. Appellationsgericht ausgesprochene Urtheil nicht nur zu bestätigen oder zu mildern, sondern auch zu schärfen, und daß die Arrestzeit von der ausgesprochenen Strafzeit nur dann abgerechnet werde, wenn das Urtheil der zweiten Instanz hierüber ausdrücklich bestimmt.

Von der Ausführung der Rechtsmittel.

Art. 373.

Der Angeschuldigte, oder dessen Defensor führt die Beschwerdegründe sogleich in dem Vertheidigungstermine mündlich zum Protokolle aus; oder er behält sich eine schriftliche Ausführung bevor, wozu ihm eine Frist von 8 bis 16 Tagen gestattet wird.

Sodann ist nach Art. 142 bis 149 zu verfahren, das heißt, es hat das nämliche Vertheidigungsverfahren wieder statt, welches wir oben beim Beschlusse der Untersuchung und der Vertheidigung auseinandergesetzt finden.

Formular von einer

Anzeige (oder) Personbeschreibung.

über d heute mittag Uhr vom
durch den
im Arreste überbrachte N. N.

Geburtsort
Stand und Gewerbe
Wohnort
Alter
Gestalt
Maaß
Gesichtsfarbe
Bart
Haare
Augen
Zähne
Mund
Sprache
Kleidung

Besondere Eigenschaften

Verzeichniß der in den
Arrest gebrachten Sachen.

Bayerische Staatsbibliothek München

Formular von einem

Steckbrief.

Der von unterm
entflohene N. N.
von hat sich verdächtig gemacht,

Man stellt daher das Ansuchen, diesen Menschen anzuhalten und zur unterzeichneten Behörde zu überliefern.

Beschreibung.

Statur,
Gesicht,
Haare,
Nase,
Zähne,
Augen,
Alter.

Andere Auffallenheiten

Seine Kleidung bei der Entweichung war

(Fertigung.)

Steckbriefe sind einem Verhaftsbefehl gleich zu achten. Vid. Strafgesetzbuch 1stes Buch 2r Theil Kap. 4. Art. 124.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Verbesserungen und Berichtigungen.

Seite 14. Z. 29. l. communio bonorum st. comuniso.

S. 28. Z. 21. l. Nothhaftische st. Nothhoftische.

S. 118 und 119 ist noch zu bemerken, daß die Kinder mit ihren Ansprüchen wegen vom Vater konsumirter Pekulien, die nicht materni generis sind, in dem Falle auf die 10te Klasse Anspruch haben, wenn sie noch minderjährig sind; ausser dessen kommen sie unter die bloßen Kurrentisten ohne allem persönlichen Vorzug.

S. 133. Z. 3. von unten l. Kaufskontrakt st. Konkurskontrakt.

S. 138. Z. 7. l. Käufer st. Verkäufer. Z. 8. l. bis er Käufer st. bis der Käufer. Z. 14. l. mit strenger Konsequenz, st. strenge Konsequenz.

S. 157. Z. 2. rub. l. servitus discontinua st. servitus discontinuae.

S. 185. Z. 13. l. recedat st. recedit.

S. 214. Z. 3. rub. l. Deferenten st. Referenten.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Reingruber, Johann Baptist

Abhandlungen über dunkle Civil-Gesetzesstellen mit der Biographie des Frhrn. von Kreittmayr und einer chronologischen Darstellung des baierischen Kriminal-Inquisitionsprocesses nach dem Texte des Gesetzbuches

Landshut 1814

Bibl.Mont. 4536
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10725265-6